THÈSE DE
PARIS.
1888
N°. 3.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU

CONCUBINATUS

ET DE LA CONDITION

DES ENFANTS ISSUS DE CETTE UNION

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

M. ÉMILE BERT
INGÉNIEUR DES ARTS ET MANUFACTURES

PARIS
BERNARD ET Cie, ÉDITEURS
71, RUE LACONDAMINE, 71.

1888

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547910_0018

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU

CONCUBINATUS

ET DE LA CONDITION

DES ENFANTS ISSUS DE CETTE UNION

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 15 mars 1888 à une heure.

PAR

M. ÉMILE BERT

INGÉNIEUR DES ARTS ET MANUFACTURES

Président : M. CH. LYON-CAEN

Suffragants { MM. GLASSON — *Professeur.*
MICHEL LÉON, PLANIOL — *Agrégés.* }

PARIS

BERNARD ET Cie, ÉDITEURS

71, RUE LACONDAMINE, 71.

1888

DU

CONCUBINATUS

ET DE LA CONDITION

DES ENFANTS ISSUS DE CETTE UNION

INTRODUCTION

La famille, telle que nous la concevons actuellement, c'est-à-dire comme une institution naturelle ennoblie par la morale et sanctionnée par la loi, s'est formée lentement. Des recherches de la critique moderne, il semble résulter que, dans un état social primitif, la parenté individuelle aurait été inconnue : c'est la phase des unions libres et temporaires. Plus tard, quand s'établit la notion de la parenté individuelle, elle eut pour base la filiation maternelle. La parenté par les femmes fut seule reconnue, car la maternité seule est un fait certain et susceptible de preuve directe ; la paternité est cachée d'un voile (1) elle resta un fait indifférent. Sous l'empire de pareilles mœurs, il ne saurait être question d'enfants naturels, la distinction entre enfants naturels et enfants légitimes n'existant pas.

Mais, dans un état de civilisation plus avancé, la paternité s'introduit comme la véritable base sur laquelle doit reposer la famille ; elle apparaît, à sa naissance, intimement unie à la puissance paternelle, comme une manifestation de la volonté de l'homme plutôt que comme la reconnaissance d'un fait naturel ; elle s'introduit « par l'effet d'une reconnaissance volontaire combinée avec l'état de mariage » (2). L'homme a, dans sa fa-

(1) Labbé sur Ortolan, *Explication historique des Instituts*, 12e édition, t. II, p. 695, note 2.
(2) *Ibid.*, p. 696.

mille et sous sa puissance, les enfants nés de la femme qu'il s'est véritablement *appropriée* comme épouse, et, au même titre, les enfants qu'il adroge ou qu'il adopte « Il résulte de là, dit M. Esmein, une conception nouvelle de la parenté et des droits de famille, uniquement fondée sur la paternité ; c'est la parenté par les mâles, le système agnatique dont le droit romain a subi si longtemps l'impérieuse domination et dont il fournit le plus célèbre exemple, mais qui paraît représenter une phase commune dans le développement des nations progressives. Le droit allait ignorer la maternité, après n'avoir longtemps connu qu'elle, jusqu'au jour où le progrès, déroulant ses transformations, unirait dans son système plus large les deux principes qui, tour à tour, avaient exclusivement régné sur la famille » (1). Dans une pareille législation, la distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels s'établit nettement, et la condition de ces derniers doit nécessairement être inférieure à celle des enfants légitimes, car la maternité est impuissante à créer des droits de famille, et la paternité naturelle n'est qu'un fait.

Depuis l'origine de leur histoire, nous trouvons ainsi, chez les Romains, une très forte organisation de la famille basée sur la puissance paternelle. Création du droit positif, la famille romaine n'est pas formée par les liens du sang. Ce qui en fait l'unité, c'est la dépendance d'un même maître : on nomme *familia,* à Rome, tout ce qui est la propriété du chef, du *paterfamilias*, femme, enfants, esclaves, biens : «*Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet* » (2). Le mariage est bien, il est vrai, un élément important de la famille, mais c'est la puissance, *potestas*, qui en est le fondement.

Dans cette législation, la parenté naturelle, *cognation* ou parenté de sang qui se développe par les femmes, ne donne aucun droit de famille, ne place pas dans la famille. La parenté de droit civil, celle qui produit les effets civils, qui confère les droits de famille, c'est l'*agnation,* qui se développe par les mâles et dont la cause efficiente est la puissance sous laquelle se trouvent les membres de la même famille.

Or, le seul moyen pour un Romain d'avoir sous sa puissance des enfants de son sang, c'est-à-dire attachés à lui par un lien

(1) Esmein sur Gide, *Étude sur la condition privée de la femme,* 2e édition, p. 34.
(2) Loi 195, § 2. Dig., *De verb. sign.*, liv. L, titre 16.

légal de parenté et membres de sa famille civile, c'est de contracter des *justæ nuptiæ*. La paternité est la conséquence exclusive des justes noces : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » (1). Sans doute, à toute époque du droit romain, la paternité est un droit, et on ne l'acquiert que si on veut l'acquérir ; mais elle résulte des *justæ nuptiæ*, parce qu'elle en est le but car c'est pour avoir des enfants qui soient dans sa famille et sous sa puissance que le Romain s'unit à une *uxor justa* (2). « Tout, dans les mœurs de cette société différente de la nôtre, s'explique par cette notion à laquelle nous avons à plier notre esprit. La maternité, c'est la nature qui la démontre ; elle a été partout reconnue. La paternité, c'est la volonté par le choix d'une *uxor justa*. Cette paternité légale qui naît et se confond presque avec la puissance paternelle est une des institutions les plus originales dont Rome se vante d'avoir donné l'exemple » (3).

Il résulte de là que la paternité légitime est la seule que connaisse la loi romaine et que, en dehors de l'institution et du développement de la famille par les justes noces, la paternité demeure dans son obscurité naturelle. Si, d'autre part, nous rappelons que la maternité est impuissante à faire naître la parenté civile, nous arrivons à formuler deux règles dont l'importance fera comprendre l'utilité des explications qui précèdent et dont l'influence domine toutes les questions relatives à la condition des enfants naturels.

1° La paternité naturelle n'est qu'un fait, elle n'est pas un droit ; en d'autres termes, il n'y a pas, à Rome, aux yeux de la loi, de paternité naturelle.

2° Il n'y a pas, en droit romain, de maternité légitime, car la maternité est, dans tous les cas, impuissante à créer des liens d'agnation.

Nous démontrerons, dans le cours de nos explications, l'existence de ces deux règles générales et nous verrons que les conséquences importantes qu'elles ont au point de vue qui nous occupe, jointes aux considérations résultant de l'état des mœurs à cette époque, peuvent expliquer jusqu'à un certain

(1) Loi 5, Dig., *De in jus vocando*, liv. II, titre 4.

(2) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*. IV, 3.... « *Quod* (Carvilius) *jurare a censoribus coactus erat uxorem se liberorum quærendorum gratia habiturum* ».

Voir Gide, *L'enfant naturel et la concubine dans la législation romaine*, Etude insérée dans l'ouvrage sur *la condition privée de la femme*, 2e édition, p. 571.

(3) Labbé, *op. cit.*, p. 696-697.

point le silence de l'ancienne loi romaine à l'égard des enfants naturels.

On s'est étonné en effet que l'ancienne législation romaine ne se soit guère occupée des enfants illégitimes : elle n'est intervenue ni pour les protéger ni pour les frapper. Et cependant le nombre de ces enfants était bien plus considérable à Rome qu'il ne l'est à notre époque, car l'esclavage est toujours une source féconde de filiation naturelle et, de plus, les conditions sévères auxquelles était subordonné le mariage légitime avaient pour résultat la pratique fréquente d'unions irrégulières que les mœurs toléraient et qui donnaient naissance à de nombreux enfants illégitimes.

« L'indulgence des mœurs pour les unions irrégulières, l'indifférence des lois pour les enfants issus de ces unions : tels sont les deux faits en apparence contradictoires, que nous présente la société païenne, dit M. Gide. Avec le christianisme, un double changement s'opère et un nouveau contraste se produit : la loi est devenue à la fois plus morale et plus humaine, et, cédant tour à tour à deux tendances opposées, tantôt elle sévit contre les enfants naturels par haine du concubinage, tantôt elle les protège par un sentiment d'humanité. Il faut donc distinguer, en cette matière, deux périodes législatives : dans la première, la loi, indifférente et muette à l'égard des enfants naturels, n'a pour eux ni sévérité ni bienveillance et les laisse sous l'empire du droit commun ; dans la seconde période, au contraire, la loi, soucieuse de leur sort, prodigue pour eux les dispositions exceptionnelles, et, tempérant les rigueurs par les bienfaits, les incapacités par les privilèges, prend soin de fixer en même temps le maximum et le minimum de leurs droits » (1).

Ce sont ces modifications successives de la loi et cette évolution historique que nous voulons tâcher de dégager avec précision.

Avant de terminer ce préambule, nous devons faire remarquer que le titre même de notre étude indique les limites que nous avons l'intention d'assigner à notre travail. Nous ne voulons pas examiner ici toutes les sources de la filiation naturelle et déterminer la condition des enfants naturels naissant des diverses unions irrégulières, c'est du *concubinatus* seul

(1) Gide, *op. cit.*, p. 546-547.

que nous voulons étudier la nature et les effets (1), et c'est seulement de l'enfant naturel né *ex concubinatu* que nous voulons déterminer la condition. Notre étude se trouve ainsi naturellement divisée en deux parties :

La première, spécialement consacrée à l'étude du *concubinatus*, sera subdivisée en deux chapitres :

I. — Nature du *concubinatus ;*

II. — Effets du *concubinatus* entre les concubins.

Dans la seconde, nous traiterons de la condition des enfants naturels nés *ex concubinatu ;* elle sera divisée en trois chapitres :

I. — Condition des enfants nés *ex concubinatu* au point de vue du droit privé ;

II. — Condition des enfants nés *ex concubinatu* au point de vue du droit public ;

III. — De la *légitimation.*

(1) Le *concubinatus* est d'ailleurs l'union irrégulière la plus intéressante à étudier à raison des controverses qui ont été soulevées au sujet de sa nature et de ses effets.

PREMIÈRE PARTIE.

NATURE ET EFFETS DU « CONCUBINATUS ».

CHAPITRE I.

NATURE DU « CONCUBINATUS ».

Le *concubinatus* était l'union d'un homme et d'une femme qui, sans qu'il y eût mariage entre eux, vivaient ensemble néanmoins comme s'ils avaient été mariés (*licita consuetudo, causa non matrimonii,* disent les textes).

Tous les interprètes du droit romain sont d'accord pour décider que jusqu'à Auguste, avant les lois caducaires, le *concubinatus* n'était qu'un simple commerce entre un homme et une femme, sans aucune portée légale, un concubinage, au sens moderne du mot. Mais en est-il de même depuis les lois caducaires? Auguste a-t-il transformé ce simple fait en une institution légale et établi le *concubinatus* comme union inférieure mais parallèle au mariage ? Ou bien Auguste ne s'est-il occupé du *concubinat* que pour le distinguer avec soin des *justæ nuptiæ* et du *stuprum,* et déterminer les cas dans lesquels il ne tomberait pas sous le coup de la loi pénale ?

C'est la solution de cette question et l'exposé de la controverse qu'elle a soulevée, qui feront l'objet de ce chapitre. Pour faciliter nos explications, nous traiterons successivement :

1° De l'origine du *concubinatus ;*

2° De la nature du *concubinatus* et des conséquences de l'intervention législative d'Auguste ;

3° De la formation, des conditions de validité et de la dissolution du *concubinatus.*

I. — Origine du CONCUBINATUS.

Les justes noces ne pouvaient avoir lieu, à Rome, qu'entre personnes ayant le *connubium ;* or nous savons que ce *connubium* manquait à un nombre considérable de sujets romains ; pendant longtemps même, il n'existait pas entre les deux classes de citoyens, les patriciens et les plébéiens. L'impossibilité de contracter des *justæ nuptiæ* pour ceux qui n'avaient pas le *connubium* avait pour résultat la tolérance et la pratique fréquente de certaines unions irrégulières, notamment du *concubinatus :* « Il dut arriver quelquefois, dit M. Pilette, qu'un patricien réellement épris d'une femme, que la loi et le respect humain lui défendaient d'épouser, entretînt avec elle des relations suivies. Il lui donnait ainsi une marque particulière de considération, une preuve d'estime véritable. Ne pouvant l'épouser, au moins ne la déshonorait-il pas. C'est là évidemment l'origine du concubinat » (1).

Il résulte de là que le *concubinatus* a dû être aussi ancien que la distinction des citoyens entre patriciens et plébéiens : il continua donc à être pratiqué après la loi des XII Tables qui, dans sa onzième table, maintenait la prohibition du mariage entre les patriciens et les plébéiens. En l'an 310 de Rome cependant, le tribun Canuleius déclara aux consuls au nom de la plèbe qu'elle refusait de concourir désormais à la défense de la Cité si la disposition de la loi des XII Tables, qui interdisait le mariage entre plébéiens et patriciens, n'était pas abrogée : « *Ad bella parata vobis plebs est, si connubiis redditis unam hanc civitatem facitis. Si hæc impediet aliquis, nemo arma capturus, nemo dimicaturus* ». Il fallut céder, et le plébiscite qui porte le nom de *Lex Canuleia* autorisa le mariage entre patriciens et plébéiens, mais en fait le triomphe de ceux-ci fut illusoire. Les patriciens se firent un devoir d'éviter de pareilles unions qu'ils qualifiaient de flétrissantes, de monstrueuses : « *Quas quantasqueres Canuleium agressum ? Colluvionem gentium, perturbationem auspiciorum privatorumque afferre, ne quid sinceri, ne quid incontamini sit ut, discrimine omni sublato, ne se quisquam,*

(1) Pilette, *Lettre à M. de Rozière sur le concubinat chez les Romains.* (Extrait de la *Revue historique de droit français et étranger.* Juillet-août 1865, p. 2).

nec suos noverit. Quam enim aliam vim connubia promiscua habere nisi sit ferarum, prope ritu vulgentur concubitus plebis patrumque...» (1). D'ailleurs la prohibition du mariage entre ingénus et affranchies continua à subsister, et le maintien d'une seule interdiction suffirait pour expliquer la persistance du *concubinatus.*

Sous Auguste, la loi Julia supprima la prohibition du mariage entre ingénus et affranchies, mais il continua d'être défendu aux citoyens de l'ordre sénatorial d'épouser des affranchies, des comédiennes, des personnes dont le père ou la mère avait exercé le métier de comédien, et des prostituées. La loi défendait encore aux ingénus d'épouser une entremetteuse, une affranchie d'entremetteur ou d'entremetteuse, une femme surprise en adultère ; une personne condamnée dans une instance publique, une comédienne ; enfin, au dire de Mauricien, une femme condamnée par le sénat (2).

Le *concubinatus* continua donc à être pratiqué, surtout avec ces femmes de basses conditions : il était même si bien entré dans les mœurs que des princes vantés pour la dignité de leurs mœurs, Vespasien, Antonin le Pieux, Marc Aurèle, ont pu avoir ostensiblement des concubines. Bien plus, Alexandre Sévère voulut que chaque gouverneur de province reçut en partant, aux frais du trésor, tout ce qui lui était nécessaire, des habits de cérémonie, une certaine somme d'or et d'argent, des chevaux, un cocher, un cuisinier, enfin « s'il n'était pas marié, une concubine ; car ce sont là des choses, dit Lampride, sans lesquelles on ne peut pas vivre, *quod sine his esse non possunt* » (3).

Mais, avec le triomphe du christianisme, l'indulgence qu'on avait montrée pour le *concubinatus* devait cesser L'Eglise considère comme coupable toute union hors du mariage. Les canons apostoliques ordonnent au fidèle qui a une concubine esclave ou libre, de l'épouser ou de cesser toutes relations avec elle. Saint Ambroise, Saint Augustin condamnent dans leurs sermons ces unions irrégulières. « *Præsta concubinæ tuæ*

(1) Tite-Live, liv. IV, chap. 2.
(2) Ulpien, *Règles*, titre XIII, § 1 et 2; Pilette, *op. cit.*, p. 6.
Voir, au sujet de l'interdiction des mésalliances : Rivier, *Introduction historique à l'étude du droit romain*, p. 315.
(3) Lampride, *Alexandre Sévère*, 42 ; voir Gide, *op. cit.*, p. 546.

libertatem et nomen uxoris, ne tu adulter sis potius quam maritus », dit Saint Ambroise. E. Saint Augustin est plus sévère encore : « *Præcipue temporibus christianis concubinas habere nunquam licuit, nunquam licebit. . Qui ante legitimas nuptias concubinam sibi adhibere præsumit, pejus peccatum facit quam qui adulterium commisit ; quia qui adulterat adhuc tam grave malum secrete vult agere...; ille vero qui publice concubinam habere voluerit, fronte impudentissima rem execrabilem, toto populo videnti, licenter se putat admittere.....* »

Pour détourner du *concubinatus,* Constantin fit agir tour à tour, dit Godefroy, les deux mobiles les plus puissants sur la conduite des hommes : la crainte des peines, l'espoir des récompenses : les peines, ce sont les incapacités dont il frappa les enfants naturels ; la récompense, c'est la légitimation qu'il accorda aux enfants dont les parents contractaient un légitime mariage (1). Justinien poursuivait le même but, en introduisant la légitimation des enfants naturels d'une façon permanente dans la législation ; il essayait de décider la conversion du *concubinatus* en *justæ nuptiæ.*

Ce ne fut cependant que plus de trois siècles après Justinien que l'empereur Léon le Philosophe (887 après J.-C.), blâmant la légèreté des anciens législateurs, supprima le *concubinatus* comme contraire à l'esprit du christianisme (2). Voici le texte de cette constitution qui a pour titre : *Ut concubinam habere non liceat.*

« *In nomine ejus qui universo humano generi salutares leges tulit, Christi veri Dei nostri.*

« *Imperator Cæsar Flavius Leo, pius, felix, inclytus, victor, triumphator, omni ævo venerabilis, Augustus, fidelis Rex, Styliano illustrissimo sacrorum nostrorum officiorum magistro.*

« *Neque minus ea lex, quæ probrose cum concubinis immisceri non erubescentibus id permittendum judicavit, honestatem, susque deque habuit. Ne ergo hoc legislatoris erratum dedecore nostram Rempublicam afficere sinamus. Itaque lex illa in æternum sileto. Ab illa enim non modo religionis, verum etiam naturæ injuria secundum divina Christianisque conve-*

(1) Gide, *op. cit.*, p. 584.
(2) Accarias, *Précis de droit romain*, 4e édition, t. I, p. 250, note 1.

nientia præcepta prohibemur. Et quidem si cum fontem habeas, sobrie inde haurire divino præcepto moneare : qua ratione, cum puras aquas haurire liceat, lutum tu mavis ? Tum tametsi fontem non habeas, rebus tamen vetitis uti non potes. Cœterum vitæ consortem invenire difficile non est » (1).

Remarquons, en terminant, que cette prohibition eut un caractère exclusivement pénal : tout concubinage constitua un *stuprum* et fut puni, suivant les circonstances, de six ou de douze coups de verge ; mais les enfants nés *ex concubinatu* n'en conservèrent pas moins tous les droits que Justinien leur avait conférés (2).

II. — Nature du CONCUBINATUS.

Le *concubinatus* n'était à l'origine qu'un simple fait, un fait absolument en dehors des prévisions de la loi. La concubine n'était qu'une simple maîtresse ; Cicéron emploie même le mot *concubina* pour désigner la maîtresse d'un homme marié. On la désignait aussi sous le nom de *pellex*. Mais les mœurs firent des distinctions, et la concubine obtint plus de considération que l'*amica* ou la *pellex*. C'est ce qui résulte d'un texte de Paul ainsi conçu : « *Libro memorialium Massurius scribit*, pellicem *apud antiquos eam habitam, quæ, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine* amicam, *paulo honestiore* concubinam *appellari. Granius Flaccus in libro de jure Papiriano scribit, pellicem nunc vulgo vocari, quæ cum eo, cui uxor sit, corpus misceat ; quosdam eam, quæ uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam* παλλακὴν *Græci vocant* » 3).

Tous les interprètes du droit romain sont d'accord sur ce point, ils ne contestent pas non plus que le *concubinatus* a dû être défini et réglé par les lois caducaires, lois Julia et Papia Poppœa. Cette conjecture s'appuie sur l'*inscriptio* des lois 1 et 2 du titre *De concubinis* au Digeste, livre XXV, titre 7 et de la loi 144, *De verborum significatione*, Digeste, livre L titre 16 : le premier texte est extrait d'un commentaire d'Ulpien, *Ad legem*

(1) Léon, *Const.* 91.
(2) Gide, *op. cit.*, p. 584, note 4 *in fine*.
(3) Loi 144, Dig., *De verborum significatione*, liv. L, titre 16.

Juliam et Papiam; les deux autres, d'un commentaire de Paul sur la même loi. On invoque, de plus, la loi 3 § 1, *De concubinis*, Digeste, livre XXV, titre 7, qui est un fragment de Marcien ainsi conçu: «*Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur: nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est: ut et Marcellus libro VII Digestorum scripsit*».

« Les Romains, écrit Puchta, disent du mot *concubinatus* « *per leges nomen assumpsit* », c'est-à-dire, il a reçu des lois une signification juridique. Cette expression *leges* se rapporte vraisemblablement à la loi *Julia* » (1).

Tout ceci n'est pas contesté, les controverses commencent lorsqu'il s'agit d'apprécier les conséquences de l'intervention législative d'Auguste et le but qu'a poursuivi cet empereur en consacrant au *concubinatus* un chapitre (le quatrième, dit Heineccius) de la loi Papia Poppœa.

Avant d'exposer les deux opinions qui ont été soutenues à ce sujet, nous devons indiquer sommairement l'économie des lois caducaires, les circonstances dans lesquelles elles avaient été promulguées et les diverses mesures qu'elles édictaient.

La dépravation des mœurs, les guerres interminables de la république romaine, les luttes intestines, les proscriptions avaient amené la décroissance de la population romaine ; et sous le flot des esclaves, des affranchis et des pérégrins, la race des citoyens allait disparaître.

César, le premier, aperçut le danger. Il essaya de réagir, il rétablit la censure, il donna des récompenses à ceux qui avaient beaucoup d'enfants, il attaqua le célibat par la vanité. Mais le danger n'en devint pas moins pressant, et Auguste, devenu empereur, résolut de le conjurer par des moyens énergiques. C'est alors qu'il proposa la loi Julia, *de maritandis ordinibus,* qui, repoussée d'abord par suite de l'opposition des classes supérieures, notamment de la chevalerie (an de Rome 736) (2), fut enfin adoptée vingt ans après (an de Rome 757 = 4 après J.-C.). Cinq ans plus tard, en 762, la loi Papia Poppœa vint compléter la loi Julia et, sur certains points secondaires, modifier ses dispositions (3). M. Accarias assure que la loi Papia Poppœa n'absorba pas la loi Julia, qu'elle ne la fit

(1) Puchta. *Curcus der Institutionem*, tome III, § 287, p. 144.
(2) Suétone, *Octave*, 34.
(3) Ulpien, *Règles*, titre XIV.

pas disparaître, puisque les jurisconsultes les citent l'une et l'autre comme distinctes (1). Cependant, les jurisconsultes Paul et Ulpien désignent collectivement ces deux lois sous le nom de *lex Julia et Papia*, ce qui semble faire présumer que presque toutes les dispositions de la loi Julia passèrent dans la seconde. Quoi qu'il en soit, on appelle certainement ces deux lois réunies *Leges caducariæ*, *Leges novæ*, *Leges*. Cette dernière dénomination est justifiée par ce fait que ces deux lois forment le monument législatif le plus considérable depuis la loi des XII Tables.

L'Empereur Auguste, en portant ces deux lois, se proposait un double but : en premier lieu, il voulait arrêter le décroissement de la population romaine, et, en second lieu, il tentait de réformer les mœurs. Pour le réaliser, il essaya de pousser les citoyens au mariage et à la procréation légitime Le moyen consiste à punir le célibat et la stérilité par une incapacité complète ou partielle de recueillir les libéralités testamentaires, et réciproquement à récompenser la paternité par l'attribution privilégiée des dispositions ainsi atteintes, et de certaines autres qui échappaient à leurs destinataires (2).

Les lois Julia et Papia Poppœa partagèrent la société romaine en des classes bien distinctes : d'une part, en vertu de la loi Julia, les célibataires (*cœlibes*) et les personnes mariées ; d'autre part, en vertu de la loi Papia Poppœa, les personnes sans enfants (*orbi*) et celles qui en avaient (*patres* ou *matres*) (3).

Le *cœlebs*, c'est-à dire quiconque n'était pas marié, fût-il veuf ou veuve ou divorcé, fut privé du *jus capiendi*. La loi Julia le déclara hors d'état de profiter des institutions ou legs faits à son profit et plus tard cette impuissance s'étendit aux autres dispositions à cause de mort.

L'*orbus*, c'est-à-dire l'homme ou la femme qui, bien que marié, n'avait pas un descendant légitime, vivant ou conçu, fut frappé par la loi Papia Poppœa d'une déchéance de même nature, mais réduite à la moitié de la disposition.

Il résulte de là que les dispositions enlevées aux *cœlibes* et aux *orbi* devenaient caduques, *caduca*.

Or, les lois Julia et Papia Poppœa ne se contentaient pas de

(1) Accarias, *op. cit.*, p. 1005, note 2.
(2) *Ibid.*, p. 1004 et surtout note 1.
(3) Ortolan, *op. cit.*, t. I, p. 295.

punir le *cœlebs* et l'*orbus*, nous l'avons dit plus haut, elles récompensaient à leur détriment les personnes mariées qui avaient des enfants. Les *caduca* étaient attribués aux cohéritiers ou colégataires qui, mariés ou dispensés de l'être, avaient au moins un enfant légitime vivant ou conçu. Aux *patres* seuls appartenait, comme on le voit, le *jus caduca vindicandi* (1). A défaut de *patres* pouvant invoquer ce droit, les *caduca* étaient dévolus à l'*ærarium* ou trésor du peuple, afin, dit Tacite, que les droits de paternité faisant défaut, ce fut le peuple, en qualité de père commun, qui vînt prendre les libéralités tombées : « *Ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret* » (2). Caracalla les attribua plus tard au trésor impérial, *fiscus* (3).

Les lois Julia et Papia Poppœa ne contenaient pas seulement les dispositions qui avaient pour but de récompenser le mariage et la fécondité, de punir le célibat et l'orbité et de fixer la dévolution des *partes caducariæ*, mais elles édictaient encore des mesures relatives à l'interdiction des mésalliances, aux facilités apportées au mariage, aux fiançailles, à l'interdiction du divorce, au *concubinatus*. Ces lois formaient un vaste code matrimonial élaboré dans un but de réforme sociale et de fiscalité. Il ne faut donc pas nous étonner si c'est par des fragments extraits de commentaires *Ad legem Juliam et Papiam Poppœam* que nous sont transmis presque tous les renseignements que nous possédons sur le *concubinatus* Nous devons juger, par le nombre des fragments de ces divers commentaires que nous trouvons dans le Digeste, de la trace profonde que cette œuvre législative avait laissée dans la jurisprudence.

Mais ce n'est pas seulement à raison de l'importance de ces lois au sujet d'un certain nombre de parties du droit civil que nous avons cru nécessaire d'exposer les circonstances qui ont amené leur promulgation, d'indiquer les visées de la politique d'Auguste et les moyens qu'il a employés pour tâcher d'atteindre son but, nous avons voulu faire connaître au moins l'écono-

(1) Gaius, ch. II, § 206 et 207. Il y avait deux restrictions apportées à cette règle par la reconnaissance de la *solidi capacitas* et du *jus antiquum in caducis*, nous n'avons pas à nous en occuper ici.

(2) Tacite, *Annales*, III, § 28.

(3) Il y a une controverse à ce sujet. Certains auteurs prétendent que Caracalla supprima les *præmia patrum* pour les attribuer au fisc. Nous croyons que cet empereur n'attribua au trésor imperial que les *caduca* vacants. En effet les privilèges de la paternité existaient encore sous Justinien.

mie générale de ces lois parce que, de l'intervention législative d'Auguste au sujet du *concubinatus*, la majorité des auteurs ont voulu conclure à la transformation du *concubinatus* en une sorte de mariage d'une espèce inférieure aux *justæ nuptiæ*, mais produisant des effets juridiques importants. Les explications que nous avons données ci-dessus ne sont donc pas inutiles, car c'est de l'interprétation de certaines dispositions de la loi Julia et Papia que dépend l'opinion que l'on doit se faire du *concubinatus* ; or, pour apprécier sainement l'importance et la portée de ces dispositions, il fallait nécessairement connaître l'esprit des lois caducaires et les circonstances qui ont présidé à leur création.

***

Nous pouvons maintenant aborder l'étude de la controverse, qui divise les commentateurs du droit romain, sur les conséquences juridiques de l'intervention législative d'Auguste relativement au *concubinatus*. Nous allons exposer successivement les deux opinions en présence, puis nous indiquerons celle qui nous paraît la plus conforme aux textes et à l'esprit de la loi romaine, ainsi que les motifs qui décident notre choix.

Première opinion. — Le chapitre de la loi Julia et Papia Poppœa, qui s'occupait du *concubinatus*, a été restitué d'une manière conjecturale par Heineccius ; il était probablement ainsi conçu : « *Quas personas per hanc legem uxores habere non licet, eas concubinas habere ejus esto* ». En outre, le Digeste contient au titre *De concubinis* plusieurs fragments extraits de commentaires *Ad legem Juliam et Papiam ;* et, dans ces divers textes, après l'indication de quelques cas où le *concubinatus* ne peut avoir lieu, nous voyons qu'il a reçu son nom de la loi : « *Quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est* » (1).

S'appuyant sur ce texte, certains auteurs ont cru pouvoir dire : Les lois, en donnant un nom au *concubinatus*, ont voulu le régulariser, en faire une union *sui generis* et par cela même elles le dérobent à toute peine. A partir des lois caducaires, le *concubinatus* forme une union, très inférieure sans doute aux *justæ nuptiæ*, mais néanmoins régulière et non dénuée de tout effet (2), produisant même des effets juridiques importants.

C'est ainsi que se formule la première opinion.

(1) Loi 3, § 1, Dig., *De concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(2) Accarias, *op. cit.*, p. 249.

Pour la justifier, Placentin rassemble les diverses règles relatives au *concubinatus* et contenues dans le Digeste : « *Concubinam unicam etiam in domo licet ei habere qui uxorem non habet. Fieri potest concubina cujuscumque ætatis, dum non sit minor duodecim annorum. Non tamen concubina patris erit filii et contra Potest esse concubina liberta, etiam aliena, ingenua quoque; maxime quæ sit nata in obscuro loco*..... etc. (1)

Cujas soutenant la même théorie, appelle le *concubinatus* un *semi matrimonium*, il compare la concubine à l'uxor : « *concubina uxorem imitatur, ideo vice conjux appellatur in antiquis inscriptionibus* ». Puis, pour bien faire connaître la situation de la concubine, il la met en regard de la femme aux mœurs dissolues. Au premier rang apparaît l'épouse, l'égale du mari en respect et en dignité ; la concubine au contraire ne peut prendre le rang de celui qui la met à ses côtés. Mais, si elle est sans honneurs, elle est sans honte ; c'est ce qui la distingue de la *pellex* ou *amica* ; « *concubina est nomen nonnullius dignitatis, amica turpitudinis est nomen* ». La concubine est donc séparée de la *pellex* ou *amica* par l'opinion et par la loi qui voit, dans la constance des attachements, une union légale, analogue au mariage, si elle n'atteint pas son degré d'élévation. Ailleurs Cujas rappelle que Salvien donnait à la concubine le nom de *quasi conjux* et que Théodose qualifiait le *concubinatus* de *conjugium inæquale*, enfin que Zonaras, jurisconsulte byzantin du XIIe siècle, appelle la concubine ἡμιγαμος.

Après Cujas, Baudoin adopte la même opinion, mais il faut reconnaître qu'il est bien moins affirmatif que Cujas ; voici ce qu'il écrit dans son *Commentaire des Institutes*, au titre *De nuptiis* : «*Sicuti nec duas sponsas, nec uxorem unam et alteram sponsam, imo nec duas concubinas idem habere potest. Nam quamvis jus civile* toleret (tolère, c'est-à-dire ne réprime pas) *concubinatum et ex eo susceptæ sobolis habeat rationem*...etc.»

Denis Godefroy, lui, voit dans le *concubinatus* une *justa conjunctio, jure civili comprobata.*

Heineccius adopte la même opinion. Pour lui, dès que le *concubinatus* eut été manifestement reconnu par la loi, les dénominations de *concubinatus* et de *concubina* furent prises dans un sens honnête ; les relations qu'un homme eut avec sa

(1) *Placentini summa*, édition de 1536, p. 216.

concubine ne constituèrent plus un *stuprum*, elles formèrent une *hémigamie*, un mariage inégal, il est vrai, mais une union légale, reconnue par la loi et productive d'effets civils quoique n'entraînant pas indivisibilité de situation.

La majorité des interprètes du droit romain a suivi cette opinion sans même la discuter, en général.

Dans ces derniers temps encore, M. Pilette (1), développant cette théorie dans ses conséquences les plus extrêmes, a soutenu que non seulement le *concubinatus* était une union parallèle au mariage qui assurait un père certain aux enfants nés des relations entre concubins, mais encore que les enfants issus de cette union procuraient à leurs parents les avantages attachés par le droit romain à la procréation légale, avantages qui peuvent se ramener à trois catégories principales : le *jus liberorum*, le *jus capiendi ex testamento* et le *jus caduca vindicandi*. Pour défendre sa manière de voir, M. Pilette rappelle le but que se proposait Auguste en promulguant les lois Julia et Papia Poppœa : Auguste voulait assurer l'accroissement de la population, mais il voulait en même temps favoriser le mariage légitime et réprimer la débauche. C'est pour cela qu'il avait maintenu la prohibition du mariage entre les sénateurs et les affranchies, entre les ingénus et certaines femmes de mauvaise vie (*classis secundæ*). « Mais il pouvait arriver, dit M. Pilette, qu'un membre de l'ordre sénatorial eût une affection sincère pour une affranchie, un ingénu pour une femme de condition misérable, et qu'ils préférassent ne pas se marier plutôt que de cesser des relations qui leur étaient chères. Ils allaient se trouver sous le coup des peines portées par les lois Julia et Papia Poppœa contre les célibataires ; et pourtant la régularité et la fixité de leurs relations en assuraient la fécondité. L'ingénieux empereur trouva un moyen de tout concilier : il fit du concubinat une union légale, parallèle, mais inférieure au mariage » (2).

M. Accarias s'est aussi rallié à ce système et, pour justifier sa décision, il invoque d'abord le texte de Marcien que nous avons cité plus haut ; puis il fait remarquer le langage employé depuis Auguste jusqu'à Justinien : dans plusieurs textes, notamment dans la loi Ælia Sentia à propos de l'acquisition de la

(1) Pilette, *Lettre à M. de Rozière sur le concubinat chez les Romains* (*Revue historique de droit français et étranger*, 1865).
(2) Pilette, *op. cit.*, p. 8.

cité par la *causæ probatio*, on trouve l'expression : *uxorem ducere liberorum quærendorum causa.* « Or, que font ici les mots *liberorum quærendorum causa*, dit M. Accarias, s'ils ne signifient pas qu'il y a deux manières régulières de prendre femme, qu'au dessous des *justæ nuptiæ* contractées dans le but principal de perpétuer sa famille il y a comme un autre mariage moins honorable et moins digne où l'on ne se préoccupe que de soi-même et non de sa postérité » (1). Après cet argument que M. Accarias trouve d'une grande force, le savant professeur rappelle que Théodose II et Valentinien III parlent d'une *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii* et donnent au *concubinatus* le nom d'*inæquale conjugium*, et, qu'après eux, Justinien voit dans la concubine une maîtrese reconnue par la loi. Enfin la paternité dérivant du concubinat est assurément une paternité certaine puisqu'elle sert de base à la légitimation que Justinien introduit d'une façon permanente dans la législation. De plus, pourquoi les jurisconsultes mentionneraient-ils avec soin toutes les différences entre les *justæ nuptiæ* et le concubinat, si les deux choses ne présentaient pas la moindre ressemblance (2) ? Telles sont les raisons qui décident M. Accarias à voir dans le concubinat, à dater de sa réglementation sous Auguste par les lois caducaires, une union régulière, inférieure mais analogue au mariage, et productive d'effets civils.

Nous avons indiqué aussi complètement que possible les nombreuses autorités qui ont défendu cette première opinion et nous avons exposé les arguments qui ont été présentés pour la soutenir. Avant d'aborder l'examen de la deuxième opinion, nous devons mentionner un dernier argument présenté par M. Giraud qui, après avoir énuméré les nombreux partisans de cette théorie, concluait, en ces termes, son étude sur le concubinat :

« Comme aucun monument nouveau, comme aucun texte jadis ignoré n'est venu changer les éléments de la doctrine, cette unanimité des docteurs a quelque valeur scientifique» (3).

Sur cet argument nous ne reviendrons pas, car la seule indication des auteurs qui soutiennent la théorie opposée, Bartole,

(1) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 249.
(2) *Ibid.*, p. 250.
(3) Giraud, *Journal des Savants*, mars 1880, p. 176.

Doneau, Pothier, Puchta, Gide, Labbé, suffit à montrer qu'il n'y a pas du tout unanimité des docteurs sur la question.

Étudions donc maintenant la deuxième opinion :

Deuxième opinion. — C'est Gide qui a donné de cette doctrine la formule la plus nette et la plus concise : « Le *concubinatus,* à mes yeux, dit il, n'a rien de commun avec une institution juridique : les rapports avec une concubine, au temps des Romains, n'étaient pas autre chose que ce qu'ils sont de notre temps, un simple fait, dépourvu de tout caractère, de tout effet légal. Le mot de *concubinat* doit être rayé de notre langue, et l'idée chimérique dont ce mot est l'expression doit être bannie de la science. La vraie traduction du mot *concubinatus*, ce n'est point *concubinat,* c'est *concubinage* » (1).

Bartole, le premier, avait exposé cette doctrine dans son commentaire du titre *De concubinis : « Quæro ergo qualiter debet intelligi quod concubinatus est legitimus coïtus ? De jure antiquo primævo, omnis coïtus seu conjunctio erat legitima, et statim cum quis nascebatur, erat legitimus. Supervenerunt postea leges quæ aliquas conjunctiones approbaverunt expresse, ut matrimonium, et tunc filii ex eo nati dicuntur legitimi... Quædam junctio expresse reprobata, ut coïtus adulterinus, et incestuosus, et similes, et tunc filii nati non dicuntur legitimi, nec filii nominantur, et tunc per subsequens matrimonium non legitimantur... Quædam est tandem conjunctio quæ a lege non est approbata nec improbata, ut coïtus concubinarius... Et hoc vult dicere textus quod concubinatus per legem nomen assumpsit, scilicet, non quod per legem talis coïtus sit approbatus vel reprobatus, sed remanet in primo jure naturali ».*

Après Bartole, Doneau ne traite la question qu'incidemment, mais il affirme d'une manière formelle qu'un homme marié peut, même pendant la durée du mariage, avoir une concubine, ce qui ne peut se concilier évidemment avec la théorie qui fait du *concubinatus* une union régulière, analogue au mariage. C'est au titre *De verborum obligationibus* que Doneau s'exprime ainsi : « *Quæritur, pecunia mulieri promissa sub hac conditione, si maritus, constante matrimonio, concubinæ consuetutinem repetisset, an, marito ejus consuetudinem repetente,*

(1) Gide, *op. cit.*, p. 549.

id est, impleta conditione, pecunia debeatur... Dixerit aliquis non fuisse olim turpe, jure Romanorum, etiam constante matrimonio concubinam habere, idque ex eo existimari licere quod Constantinus constitutione effecerit ne cuiquam licentia concedatur, constante matrimonio, concubinam penes se habere (lege unica, C. de concubinis) quæ constitutio supervacua est, si et ante habere non licuit... Certe hoc (scilicet, constante matrimonio, concubinam habere) non erat legibus prohibitum » (1).

Voët voit aussi dans le *concubinatus* une union non reconnue par le droit civil, tolérée, il est vrai, mais réprouvée par les mœurs. Et il ajoute : « *Concubinatus est cum vir cælebs mulieri liberæ affectu non conjugali cohabitat, sed ut illa uxor quidem non sit, sed tamen uxoris loco sine nuptiis in viri domo moretur.. Etsi enim concubinatum licitam consuetudinem imperator dicat (in lege : Si qua illustris, 5, c. ad sen. c. Orphit.) non tamen ideo legitima, seu per leges approbata, sed tantum tolerata conjunctio fuit* » (2).

Quant à Pothier, M. Giraud a voulu le compter au nombre des partisans de la première opinion, mais, si l'on examine avec attention ce que Pothier a écrit sur le *concubinatus*, nous ne croyons pas qu'on puisse sérieusement soutenir que ce grand jurisconsulte voyait, dans le *concubinatus*, une union légale. Voici, en effet, ce qu'écrivait Pothier au titre *De concubini* : « *Ad calcem tractationis de nuptiis subjicitur titulus de concubinatu propter utriusque conjunctionis affinitatem. Enimvero concubinatus nomine, apud Romanos, non injusta et nefaria conjunctio intelligenda est, sed quoddam juris naturalis matrimonium, legibus permissum, quod perpetuam et individuam vitæ societatem contineret, ex voto contrahentium, non secus ac nuptiæ, quamvis facile posset ex sola pœnitentia dissolvi. Concubinatus autem ut pote naturalis tantum, lege quidem permittente contrahitur, at non ex lege ; unde et minus proprie legitima dicitur ; et civilia jura non parit* » (3).

A notre époque, Puchta exprime la même opinion avec non moins de netteté : « Les Romains, écrit-il, disent du mot *con-*

(1) Doneau, *Commentaire des Pandectes, Ad leg.* 121, *De verb. oblig.*, t. XI, col. 1495.

(2) Voët, *Commentaire des Pandectes*, II, p. 144.

(3) Pothier, *Pandectes*, liv. XXV, titre 7.

cubinatus « *per leges nomen assumpsit* », c'est-à-dire il a reçu des lois une signification juridique. Cette expression *leges* se rapporte vraisemblablement à la loi *Julia de adulteriis*, qui décidait que le concubinage ne devait pas être considéré comme une union prohibée et puni comme le *stuprum* » (1). Et ailleurs il écrit aussi : « Le concubinage est une union persistante sans l'*affectio maritalis*. Elle n'a de commun avec le mariage que le fait et non le droit... Quelques auteurs ont recouru, pour expliquer le caractère du *concubinatus*, aux lois Julia et Papia Poppœa. Ces lois auraient décidé que de nobles Romains, trop pauvres pour contracter des mariages selon leur rang, échapperaient par le concubinage à la honte du célibat et de l'*orbitas*. Cette assertion n'est pas solidement établie ».

Ortolan, dans son *Explication historique des Instituts*, professe la même doctrine : « Le concubinat était le commerce licite d'un homme et d'une femme sans qu'il y eut mariage entre eux. Les lois le distinguaient du *stuprum* et ne le frappaient d'aucune peine.... Le concubinat n'était nullement un mariage ; ainsi il n'y avait ni *vir*, ni *uxor*, ni dot, ni puissance maternelle .. Le concubinat ne produisait pas de lien ; il cessait à quelque époque que ce fût, par la volonté des deux parties ou d'une seule, sans qu'il y eût divorce, ni qu'il fût nécessaire d'envoyer d'acte de répudiation... Nulle formalité, en règle générale, n'était observée pour se mettre en concubinat.... » (2).

Bartole, Doneau, Voët, Pothier, Puchta, Ortolan : voilà déjà des autorités respectables qui suffiraient à montrer que cette deuxième opinion est digne de l'attention des jurisconsultes, mais celui qui a vraiment vivifié cette doctrine et qui l'a développée avec un talent magistral, c'est Gide.

Prenant pour base la distinction indiquée par Bartole dans le texte que nous avons cité plus haut, Gide rappelle d'abord que l'union des sexes, considérée au point de vue juridique, peut présenter, suivant les circonstances, trois caractères bien différents : tantôt c'est un mariage que la loi consacre ; tantôt c'est un attentat aux mœurs que la loi punit ; tantôt enfin c'est un acte indifférent, ni criminel ni légitime, un simple fait qui n'existe pas aux yeux de la loi. Cette distinction est

(1) Puchta, *Cursus der Institutionem*, § 287, t. III, p. 144.
(2) Ortolan, *op. cit.*, p. 100-101.

nettement exprimée dans la loi romaine : l'union légitime, ce sont les *justæ nuptiæ ;* l'union criminelle, c'est le *stuprum ;* enfin l'union dépourvue de tout caractère juridique, celle dont la loi ne s'occupe, ni pour la confirmer ni pour la prohiber, c'est le *concubinatus* (1).

Il en résulte que le *concubinatus,* bien qu'étant un fait extralégal, est cependant défini par la loi ; car il se trouve placé entre deux faits légaux, les *justæ nuptiæ* et le *stuprum,* et la loi, qui a défini ces deux faits et en a tracé les limites, a par là même circonscrit le *concubinatus* qui se trouvait entre eux deux. Tracer cette double limite, tel est l'objet et l'objet unique de tous les textes qui composent le titre *De concubinis,* en sorte que toute l'explication de ce titre dépend des deux questions suivantes : qu'était-ce que les *justæ nuptiæ ?* Qu'était-ce que le *stuprum* (2) ? C'est donc en précisant avec exactitude ce qu'étaient les *justæ nuptiæ* et ce qu'était le *stuprum,* dans le droit romain, que nous indiquerons par cela même exactement la nature du *concubinatus.*

Remarquons tout d'abord qu'il ne faut pas prêter aux Romains notre conception moderne du mariage. Pour nous, le mariage est un acte public, entouré de garanties et de solennités légales telles que sa célébration ne saurait passer inaperçue ; à Rome, c'était un acte purement privé, sans publicité, une sorte de contrat consensuel (3). On comprend dès lors pourquoi les jurisconsultes ont été amenés à établir entre le mariage et le *concubinatus* une comparaison bien naturelle et qui se résume ainsi : ces deux unions ont cela de commun qu'elles sont basées l'une et l'autre sur le consentement des deux parties ; elles diffèrent quant au sentiment qui a décidé cette union (4).

A l'époque d'Auguste, la *conventio in manum* était tombée en désuétude, les *justæ nuptiæ* n'étaient soumises à aucune forme légale. La seule différence qui séparait le *concubinatus* des

(1) Gide, *op. cit.*, p. 549.
(2) *Ibid.*, p. 550.
(3) Ce point est controversé. Certains auteurs ont voulu faire du mariage un contrat *re*. Labbé ne croit pas que le mariage soit un contrat *re*, mais il croit cependant à la nécessité d'un acte extérieur traduisant au dehors la volonté pour contracter valablement des *justæ nuptiæ*. Voir Ortolan, *op. cit.*, n° 99 et appendice II.
(4) Voir Mispoulet, *Etudes d'Institutions romaines*, 1887, p. 273.

justæ nuptiæ, et elle s'accentua surtout après Auguste, c'était donc la possession d'état : *honor maritalis, affectio maritalis, dignitas*, disent les jurisconsultes. Paul, au Digeste, nous dit : « *Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet* » (1), et dans ses sentences : « *Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur* » (2). Mais il faut se garder de croire que cette différence fût légère. « On se méprendrait sur le sens de ces textes, dit Gide, si l'on en concluait que, en pratique et dans les rapports de la vie sociale, l'*uxor* et la *concubina* se ressemblaient et se pouvaient confondre aisément. Dans les différentes espèces relatées au Digeste, on ne trouve pas un seul exemple d'une semblable confusion, et on peut certainement affirmer que la différence entre la concubine et la femme légitime était en fait aussi nette, aussi tranchée dans la société romaine qu'elle peut l'être de nos jours » (3). La possession d'état, en effet, est une publicité plus constante et plus réelle que celle qui peut resulter de cérémonies religieuses ou civiles, ou de formes légales quelconques.

Quant au *stuprum*, union illicite et punie de peines sévères, la nature en était expressément déterminée par la loi. La loi *Julia de adulteriis et pudicitia*, qui le réglementait, ne se bornait pas, comme notre Code pénal, à punir le rapt ou l'adultère ; elle traitait comme un crime le simple commerce avec une femme non mariée. Elle ouvrait contre les coupables une accusation publique ; elle les frappait de peines rigoureuses, la confiscation et l'exil.

Avant cette loi, c'étaient les tribunaux domestiques qui jugeaient les fautes contre l'honneur et la vertu des femmes ; en vertu de cette loi, Auguste fit du libertinage un délit public qui devait être réprimé par les tribunaux de l'État.

« Toutefois, dit Gide, Auguste était un politique trop avisé pour vouloir l'impossible, et, en édictant la loi *de pudicitia*, il n'entendait nullement faire de la continence un devoir civique. A côté du libertinage que la loi punit, il y a celui qu'elle tolère ; les jurisconsultes les distinguent l'un de l'autre avec leur précision habituelle : ils qualifient le premier de *stuprum*, le second de *concubinatus*. Dès lors, ce mot de *concubinatus* va prendre,

(1) Loi 4, Dig., *De concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(2) Paul, *Sent.*, II, 20. Paul vivait IIe siècle.
(3) Gide, *op. cit.*, p. 551.

sous la plume des interprètes de la loi *Julia,* une signification plus précise que celle qu'il avait autrefois : il ne désignera plus indifféremment toute espèce de concubinage, il désignera spécialement le simple concubinage, celui qui n'est point puni par la loi » (1).

C'est ce que Marcien entend dire précisément dans le texte dont nous avons cité une partie: « *Nec adu terium per concubinatum ab ipso committitur : nam quia concubinatus per leges nomen absumpsit, extra legis pœnam est ; ut et Marcellus lib.* VII. *Digestorum scripsit*» (2). Le *concubinatus* ne constitue pas *par lui-même* un *stuprum* (*adulterium*), il est *extra legis pœnam;* il ne constitue pas un délit, il n'est qu'un fait indifférent aux yeux de la loi. Mais il faut pour cela que cette union soit en dehors des cas prévus et punis par la loi pénale et dans lesquels elle formerait un *stuprum.* Les rapports qu'on pouvait avoir avec une concubine, en effet, formaient ou un *stuprum* ou un simple concubinage suivant qu'on s'était adressé à une femme honnête (*materfamilias*) ou à une de ces femmes avec lesquelles, vu leur dégradation, on ne commettait pas de *stuprum.*

Ainsi la distinction entre le concubinage licite et le concubinage prohibé (*stuprum*) résultait uniquement de la condition de la concubine. La loi distinguait à cet égard deux classes de femmes : celles qu'on honorait du nom de *matrones* ou *matresfamilias,* et celles à qui ce titre était refusé. Le *concubinatus* était interdit avec les matrones, la loi voulant relever l'honneur et la dignité des *matresfamilias,* ne pouvait tolérer une union irrégulière avec elles, et, pour l'empêcher, elle la punissait comme un crime. Au contraire, avec les femmes qui n'avaient pas le titre de *materfamilias*, avec ces femmes qui formaient la *classis secunda* dont nous parle Horace, le *concubinatus* était permis ; il ne pouvait y avoir *stuprum*, avec elles *pro vilitate vitæ.* C'étaient généralement des femmes de cette condition que les Romains prenaient pour concubines. Ulpien va même plus loin, car il dit: « *Cum Atilicino sentio, et puto, solas eas in concubinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur* » (3).

Constantin, dans une de ses constitutions, rappelle encore la

(1) Gide, *op. cit.*, p. 553.
(2) Loi 3, § 1. Dig., *De concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(3) Loi 1, § 1, *eod. loc.*

différence que nous venons de signaler ; «.... *Cum ab his feminis pudicitiæ ratio requiratur quæ juris nexibus detinentur, et matrisfamilias nomen obtinent. Hæ autem immunes a judiciaria severitate, et stupri et adulterii præstentur, quas vitæ vilitas dignas legum observatione non credidit*» (1). Mais il est probable que la distinction entre les deux classes devint moins nette et moins précise avec le temps. On peut, même avant Constantin, en voir une preuve dans le texte de Marcien qui reconnaît que l'on peut prendre impunément pour concubine une femme de condition honorable, pourvu qu'on le fasse ouvertement, *cum testatione hoc manifestum faciente* (2). Quoiqu'il en soit, et en admettant même que la fréquence des mésalliances et la dépravation des mœurs eussent, en fait, provoqué la disparition à peu près complète de la distinction des femmes en deux classes, la possession d'état devait certainement suffire à empêcher la confusion entre l'*uxor* et la concubine, entre celle-ci et la prostituée.

Dans ce double rapprochement entre le *concubinatus* et les *justæ nuptiæ* d'une part, et le *concubinatus* et le *stuprum* d'autre part, on peut constater que la limite où le concubinage commence était moins nette, moins tranchée dans l'ancienne Rome qu'elle ne l'est aujourd'hui. Mais la différence entre la loi romaine et la loi moderne provient de ce que le mariage et le délit de mœurs (*stuprum*) ont été définis et réglés différemment par la loi antique et la loi moderne. « Quant au concubinage qui n'a rien de juridique et de légal, la loi antique et la loi moderne ne l'ont pas réglé de deux façons différentes, par cette raison bien simple qu'elles ne l'ont pas réglé du tout » (3).

Il est vrai que le Digeste contient certains textes relatifs au *concubinatus*, mais tous ces textes ont pour but d'indiquer des cas dans lesquels le *concubinatus* peut devenir un *stuprum*, ce sont des règles de droit pénal et non de droit civil. Quant aux conditions d'existence et de validité, la loi n'en exige aucune. Enfin, si l'on examine les effets légaux que le *concubinatus* pourrait produire, suivant certains auteurs, on constate que ces effets ne sont pas la conséquence directe ou exclusive du *concubinatus*.

(1) Loi 29, Code, *Ad leg. Jul. de adult.*, liv. IX, titre 9.
(2) Loi 3, pr. Dig. *De concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(3) Gide, *op. cit.*, p. 559.

« Ainsi, conclut Gide, toutes les apparences juridiques que le concubinat romain présentait au premier abord se sont évanouies une à une. Soumis à une exacte analyse, le *concubinatus* s'est dépouillé de tout caractère légal et s'est réduit à un simple concubinage..... En résumé, le concubinat n'est autre chose que le concubinage, un fait qui n'a rien de légal quoiqu'il soit toléré par la loi, ni rien de moral quoiqu'il soit toléré par les mœurs » (1).

C'est cette deuxième opinion, si admirablement développée par Gide, que nous adoptons sans hésiter ; c'est elle qui nous paraît la seule conforme aux textes et à l'esprit de la loi romaine, la seule qui tienne compte de l'évolution historique et des changements de la législation.

Le législateur ne s'est occupé du *concubinatus* que pour le distinguer à la fois des *justæ nuptiæ*, seule union qui produise des effets légaux, et du *stuprum*, union ou rapprochement illicite que l'on punit comme crime. Le *concubinatus* n'est donc suivant nous qu'un fait indifférent aux yeux de la loi, une union dépourvue d'effet mais non punie, un désordre licite.

Discussion des deux opinions émises sur le concubinatus.— Nous allons réfuter la première opinion, et, de cette réfutation même, résultera la justification de notre affirmation et des motifs qui nous décident à adopter la deuxième opinion.

Tout d'abord, il y a de nombreux textes au Digeste qui seraient incompréhensibles si l'on admettait la première opinion.

Peut-il être question d'une union légale entre un maître et une concubine esclave? Il s'agit cependant d'une concubine esclave dans les deux textes suivants : le premier, d'Ulpien, qui nous dit que celui qui confère une hypothèque n'entend pas engager *concubinam et liberos naturales. Denique concubinam, filios naturales, alumnos constitit generali obligatione non contineri....* (2); le second, de Justinien, au Code, qui déclare que si un homme a une esclave pour concubine (*si quis sine uxore constitutus, ancillam suam* (*sub*) *nomine habeat concubinæ*, et meurt sans l'avoir affranchie, l'*ancilla* et les enfants qui seront issus de ce concubinage deviendront libres (3). Dans la même Constitution, Justinien dit qu'il est défendu à

(1) Gide, *op. cit.*, p. 564 et 566.
(2) Loi 8, Dig., *De pign. et hypoth*, liv. XX, titre 1.
(3) Loi 3, Code, *Communia de manumissionibus*, liv. VII, titre 15.

l'homme marié d'avoir une concubine affranchie ou esclave «. ., *hominibus etenim uxores habentibus concubinas, vel libertas, vel ancillas habere, nec antiqua jura, nec nostra concedunt* ».

De même, comment peut-on voir une union légale dans les relations d'un homme marié avec sa concubine ou d'un homme marié ou non avec plusieurs concubines? Dans ce dernier cas, devrait-on admettre autant d'unions régulières qu'il y a de concubines? Et pourtant ce fait était fréquent. Suétone écrit au sujet de Néron: « *Utique postquam meretricem quam fama erat Agrippinæ simillimam, inter* concubinas *recepit* » (1). Pline, racontant les outrages qu'ont fait subir à leur maître des esclaves révoltés, termine sa lettre ainsi : « *Tum demum, quasi æstu solutus effertur, excipiunt servi fideliores ;* concubinæ *cum ululatu et clamore concurrunt...* » (2). Enfin, Justinien constate qu'un homme a quelquefois plusieurs concubines ; il ne s'indigne pas, il se borne à refuser, en ce cas, tout droit aux enfants naturels nés de ces concubinages (3). En outre, dans de très nombreuses inscriptions tumulaires, on voit figurer, à côté des noms de la femme et des enfants légitimes du défunt, les noms des bâtards et des concubines (4).

Mais, dit-on dans la première opinion, pourquoi Auguste aurait-il donné un nom au *concubinatus*, pourquoi lui aurait-il consacré quelques dispositions de la loi Julia et Papia Poppœa, si ce n'est pour en déterminer les caractères et les effets et en faire une union légale? La réponse est bien simple et je la puise dans le texte même de Marcien qu'invoquent nos adversaires. Auguste s'est occupé du *concubinatus* pour le définir, et, après l'avoir défini, il le met hors des atteintes de la loi pénale qu'il promulguait, il le met *extra legis pœnam*. Quant aux autres dispositions insérées dans le Digeste, et qui s'occupent du *concubinatus*, elles se bornent à préciser les conditions de cette union pour qu'elle reste licite, ou mieux les cas dans lesquels cette union devient illicite et se trouve frappée des peines du *stuprum*.

On invoque encore le langage de certains textes qui parlent

(1) Suétone, *Ner. vit.*, XXVIII.
(2) Pline, *Lettres*, III, 14.
(3) Justinien, *Novelles*, XVIII, 5.
(4) Mommsen, *Corpus inscriptionum*, t. V, 1, n° 1918.

de *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii* (1), d'*inæquale conjugium* (2), d'*hémigamie*. Mais ces textes sont du Bas-Empire et ils consacrent des idées nouvelles qui n'étaient pas celles de l'époque classique, c'est commettre un anachronisme que de les invoquer pour attribuer au *concubinatus* de l'époque classique un caractère qu'il a eu peut-être, mais beaucoup plus tard. Remarquons, en outre, qu'à aucune époque il n'y a de mot technique pour désigner la qualité de celui qui vivait avec une concubine, c'est une preuve de plus, tout au moins, de l'inégalité de l'union (3).

Le *concubinatus*, dit-on encore, produit au moins un effet légal important, c'est d'assurer un père certain aux enfants naturels nés de cette union. C'est une erreur, il faut soigneusement distinguer deux époques. Avant Justinien, l'enfant naturel était un *spurius*, un enfant sans père comme les autres enfants naturels : nous l'avons dit, dans notre introduction, la paternité naturelle n'existait pas. Et lorsque Auguste, voulant relever les mœurs, s'est occupé du *concubinatus*, il ne l'a pas érigé en une sorte de mariage de second ordre établissant la paternité sans puissance paternelle. « Pourquoi aurait-il enlevé au mariage cette prérogative de démontrer le père? dit M. Labbé. Cela ne répondait pas à son but : *exempla majorum exolescentia reducere, revocare ;* il aurait, non épuré les mœurs, mais dissous la famille » (4). C'est sous Justinien seulement, dès que la légitimation des enfants naturels est introduite, par cet empereur, d'une façon permanente dans la législation, que les enfants nés *ex concubinatu* ont un père certain. Ce n'est qu'à cette époque que les règles du droit ancien sur la constitution de la famille agnatique ont été successivement détruites : la parenté naturelle, la cognation, a pris peu à peu le caractère d'une parenté légale. A partir de ce moment, le *concubinatus*, qui n'élève pas la femme aux honneurs de la condition de l'homme, est un demi-mariage qui constitue, lui aussi, une famille et des relations de parenté du côté du père et du côté de la mère. Seulement, cette famille est privée du caractère et des avantages de la légitimité. Mais ce sont là des idées nouvelles qu'il ne faut pas, par

(1) Loi 7, C. Theod., *De nat. fil.*, IV, 6.
(2) Loi 3, C., *De nat. fil.*, V, 27.
(3) Mispoulet, *Études d'institutions romaines*, 1887, p. 274.
(4) Labbé, *op. cit.*, p. 697.

anachronisme, attribuer au droit ancien. « Aussi, dit M. Labbé, Justinien ne tarde t-il pas à attacher à la filiation et à la paternité naturelles, comme conséquences, des obligations alimentaires, des droits de succession et des incapacités de recevoir au delà d'une quotité. Ces innovations seules suffiraient à prouver que jusqu'alors la paternité naturelle ne motivait ni droit à des aliments, ni droit de succession. Une parenté par mâle sans légitimité est maintenant reconnue, mais placée dans une condition inférieure à la paternité légitime. Le concubinat est une faute et les enfants souffrent de la faute de leurs parents. C'est le point de départ du droit actuel » (1).

Enfin, il reste, en faveur de la première opinion, les arguments présentés par M. Pilette pour soutenir que les enfants issus *ex concubinatu* assurent à leurs parents les avantages attachés par le droit romain à la procréation légale, avantages qui peuvent se ramener à trois catégories principales : le *jus liberorum*, le *jus capiendi ex testamento* et le *jus caduca vindicandi*. Nous discuterons plus loin cette théorie dont M. Pilette est l'auteur et l'unique partisan, mais nous pouvons dès maintenant affirmer que ces effets ont été attribués sans motif au concubinat.

Ainsi, le *concubinatus* ne produit aucun effet légal, il n'est défini par la loi que pour être mis hors des atteintes de la loi pénale, et tous les textes qui s'en occupent ont pour but unique de déterminer la limite qui sépare cette union des justes noces d'une part, et de l'attentat aux mœurs de l'autre.

Le *concubinatus* est donc un simple fait naturel, en dehors des lois qui ne le reconnaissent pas, qui ne le punissent pas. C'est un concubinage.

III. — Formation. Conditions de validité et dissolution du CONCUBINATUS.

Les auteurs, qui ont voulu voir dans le *concubinatus* une union régulière reconnue par la loi et productive d'effets civils, ont été naturellement amenés à rechercher quelles étaient les conditions requises pour son existence et sa validité. « Ces conditions, écrit M. Pilette, devaient être les mêmes que

(1) Labbé, sur Ortolan, *op. cit.*, Appendice III, p. 699.

pour le *matrimonium justum*, car le concubinat ne diffère du *matrimonium justum* que *solo dilectu*. Les règles de la seconde de ces unions doivent s'appliquer à la première, toutes les fois qu'elles ne seront en contradiction, ni avec la nature de cette union, ni avec une disposition législative spéciale au concubinat » (1). Partant de là, M. Pilette reprend une à une les conditions d'existence du mariage, la puberté, le consentement des parties, le consentement des parents ; et il discute très gravement le point de savoir si le consentement du père est nécessaire ou si celui de l'aïeul suffit pour permettre à un fils de famille de prendre une concubine.

Pour nous qui ne voyons dans le *concubinatus* qu'un simple fait extra légal, nous n'avons pas à faire ces recherches. Mais nous devons tenir compte des textes contenus au Digeste et qui mentionnent les cas dans lesquels il ne reste plus un fait indifférent à la loi, et se trouvant soumis aux rigueurs de la loi pénale ; c'est pour cela que nous avons consacré un paragraphe spécial aux conditions nécessaires pour sa formation, sa validité et sa dissolution En réalité, nous examinerons ici les cas dans lesquels le *concubinatus* peut se former, et continuer d'exister une fois formé, sans tomber sous le coup des peines du *stuprum*.

I. Formation du concubinatus. — La première des conditions pour la formation d'une union quelconque, légitime ou non, est le consentement réciproque des parties. Nous avons vu que ce consentement suffit pour contracter des *justæ nuptiæ*, *a fortiori* doit-il suffire pour un simple concubinat.

Nous devons reconnaître cependant que cette opinion n'est pas adoptée par l'unanimité des auteurs. Ortolan et d'autres interprètes du droit romain voient dans le mariage un contrat qui se forme *re*. M. Labbé se contente d'exiger que la femme soit mise à la disposition du mari, et M. Accarias professe la même opinion. Malgré l'autorité de ces savants maîtres, nous croyons au contraire que le consentement suffit pour contracter mariage et que la loi n'exige en outre ni formalités, ni tradition, ni mise à la disposition.

Nous rappelons cette controverse parce que certains auteurs ont invoqué le mode de formation du *concubinatus* pour sou-

(1) Pilette, *op. cit.*, p. 39-40.

tenir que le consentement n'est pas le seul élément nécessaire à la formation des justes noces. Le *concubinatus*, ont-ils dit, ne résulte pas du seul consentement, il n'existe que lorsque l'homme a eu la concubine en sa possession ; or le *matrimonium justum* ne diffère du *concubinatus* que par l'*affectus*, donc le *matrimonium*, comme le *concubinatus*, exige pour sa formation, autre chose que le consentement. Le syllogisme serait irréfutable, dit M. Pilette (1), si la majeure était prouvée, or il est impossible de démontrer que le *concubinatus* exige, pour sa formation, un autre élément que le consentement réciproque des parties.

Ainsi aucune formalité, en règle générale, n'était observée ni exigée pour former un *concubinatus*.

Il y a un cas cependant où la loi exige que la femme, qui veut vivre *in concubinatu*, fasse une *testatio*, une déclaration, c'est dans le cas où la femme est ingénue et de condition honorable. « *Quas personas uxores habere non licet, eas concubinas habere jus est ; ingenuas autem concubinas habere sine testatione licitum non est* » (2), disait la loi Julia et Papia Poppœa au chapitre IV (3). Et Marcien, au Digeste, nous indique la même règle : « *In concubinatu potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea quæ obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit : alioquin si honestæ vitæ, et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur : sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem stuprum cum ea committere* » (4). Mais, nous le voyons, cette décision n'est pas contraire à notre opinion, elle ne dit pas que la *testatio* de la femme ingénue soit exigée pour la formation du *concubinatus*, elle dit que si la femme ingénue ne fait pas une *testatio*, déclaration attestant qu'elle renonce à sa qualité de matrone, le *concubinatus* qu'elle essaiera de former sera puni comme un *stuprum*.

Quant à des conditions de capacité, la loi n'en exige aucune. Souvent, nous l'avons dit plus haut, la concubine était une esclave, c'est-à-dire une personne dénuée de toute capacité juri-

(1) Pilette, *op. cit.*, p. 36.
(2) Giraud, *Novum enchiridion*, 1873, p. 28.
(3) C'est du moins le texte que donne Giraud ; nous avons donné plus haut le texte rétabli suivant les conjectures d'Heineccius.
(4) Loi 3, pr. Dig. De concubinis, liv. XXV, titre 7.

dique ; ce cas même était si fréquent que parfois les jurisconsultes emploient comme synonymes, les mots *concubinatus* et *contubernium* (1).

II. Conditions de validité. — Nous savons que les conditions de validité des *justæ nuptiæ* sont la puberté, le consentement des parents et le *connubium*. Pour le *concubinatus*, aucune de ces conditions n'est exigée et, pour le prouver, nous allons succesivement les examiner.

1° *Puberté*. — Ulpien, au Digeste, nous dit : «*Cujuscunque ætatis concubinam habere posse, palam est : nisi minor annis duodecim sit*» (2). On ne peut donc avoir une concubine impubère. Mais est-ce là une condition de validité d'une union légale? Non, cette disposition signifie qu'un *concubinatus* formé avec une impubère serait un crime, un *stuprum*. La loi romaine d'ailleurs punissait l'adultère, l'inceste et l'attentat sur la personne d'une fille impubère, que la femme fût ou non une matrone (3).

2° *Consentement des parents*. — Il est bien certain qu'aucun texte ne nous est parvenu, qui mentionne la nécessité du consentement des parents pour que les enfants puissent former un *concubinatus* Sans doute on peut dire que le législateur a exigé le consentement des ascendants pour la validité des justes noces, dans l'intérêt de l'enfant que « l'âge tient dans l'ignorance et les passions dans l'état d'ivresse » (4), et ce motif se retrouve avec plus de force peut être quand il s'agit d'un *concubinatus*, mais il ne faut pas oublier que cette union n'est qu'un fait, et que, pour un fait extra-légal, il ne saurait être question du consentement des ascendants. « Une pareille question, adressée à un jurisconsulte, eût paru aussi étrange au temps des Romains qu'elle le paraîtrait aujourd'hui, dit Gide, et Celsus n'eût pas manqué d'y répondre, avec sa verdeur habituelle : « *Tua quæstio perquam ridicula est !* » (5).

(1) Voir Gide, *op. cit.*, p. 561.
(2) Loi 1, § 4, Dig., *De concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(3) Voir Gide, *op. cit.*, p. 560, note 5.
(4) Montesquieu, *Esprit des Lois*.
(5) Gide, *op. cit.*, p. 561. Sans doute le père de famille a longtemps pu, en vertu de son autorité domestique, faire cesser le *concubinatus* comme il pouvait faire cesser le mariage jusqu'à l'époque des Antonins ; mais il n'y a là rien d'analogue au *jussus*, qui devait précéder le mariage. (Voir Bonnier sur Ortolan. *op. cit.*, p. 689).

3° La troisième condition nécessaire à la validité des justes noces est le *connubium ;* on entend par là l'aptitude légale à contracter des justes noces (1). Il est évident qu'il ne saurait y avoir une condition semblable exigée pour la validité d'un simple concubinage, mais il y a certains empêchements au mariage, fondés sur des considérations de morale et sur des considérations d'ordre public, qui s'appliqueront au *concubinatus* et qui le feront tomber sous le coup de la loi pénale, s'il est formé en contravention de ces empêchements.

C'est ainsi qu'on ne peut prendre pour concubine ni sa sœur, ni la fille de sa sœur: « *Etiamsi concubinam quis habuerit sororis filiam, licet libertinam, incestum committitur* » (2). Un fils ne peut prendre pour concubine la femme qui a été la concubine de son père, et réciproquement : « *Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde in filii esse cœpit, vel in nepotis, vel contra : non puto eam recte facere : quia prope nefaria est hujusmodi conjunctio : et ideo hujusmodi facinus prohibendum est* » (3). On ne peut prendre pour concubine une femme engagée dans les liens du mariage (4). De même il était interdit d'avoir en même temps une femme légitime et une concubine, au moins depuis Constantin (5). Quant au fait d'avoir, en même temps, plusieurs concubines, nous avons vu plus haut que Justinien lui-même ne l'a pas interdit, cet empereur s'est borné à refuser tout droit, dans ce cas, aux enfants naturels (6).

Mais, remarquons-le encore, dans tous ces cas, la loi dit-elle que le *concubinatus* ne produira pas ses effets ordinaires s il est formé sans respecter ces prohibitions? non, la loi dit que, dans ces divers cas, le concubinat ne sera plus *extra legis pœnam,* il sera soumis à la loi pénale comme *stuprum*: « *Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri commitunt* » (7) dit un texte ; « *nefaria est hujusmodi conjunctio : et ideo hujusmodi facinus prohibendum est* » (8).

(1) Ulpien, *Regulæ*, V, § 3.
(2) Loi 56, Dig., *De ritu nupt.*, liv. XXIII, titre 2.
(3) Loi 1, § 3, Dig., *De Concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(4) Loi 3 pr. et § 2 Dig., *Ad Legem Juliam de adult.*, liv. XLVIII, titre 5.
(5) Loi unique, Code, *De Concubinis*, liv. V, titre 26.
(6) Voir Gide, *op. cit.*, p. 560, note 5.
(7) Loi 4, Code, *De nuptiis*, liv. V, titre 4.
(8) Loi 1, § 3, *De Concubinis*, liv. XXV, titre 7.

A l'inverse, il y a divers empêchements au mariage qui ne font pas dégénérer le *concubinatus* en *stuprum*. C'est ainsi qu'il est permis de prendre pour concubine une femme condamnée pour adultère : « *Qui autem damnatam adulterii in concubinatu habuit, non puto lege Julia de adulteriis teneri : quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur* » (1). C'est ainsi encore qu'il était permis à un gouverneur de province de prendre, dans sa province, une concubine, mais non une épouse : « *Concubinam ex ea provincia, in qua quis aliquid administrat, habere potest* » (2). Mais il ne faut pas s'y tromper, cela signifie simplement que, tandis qu'un mariage contracté dans de telles conditions serait punissable, le concubinage ne l'est point (3).

III. — Dissolution du concubinatus. — Le *concubinatus* ne produisant pas de lien, cessait *solo consensu*, à quelque époque que ce fût, par la seule volonté des deux parties ou d'une seule, sans observer les conditions établies en matière de divorce (4).

Ulpien nous cite un cas cependant où la concubine ne pouvait librement quitter celui avec lequel elle vivait. « *Quæ in concubinatu est, ab invito patrono poterit discedere, et alteri se aut in matrimonium, aut in concubinatum dare. Ego quidem probo in concubina adimendum ei connubium, si patronum invitum deserat : quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam, quam matremfamilias habere* » (5). Même dans ce cas où l'indissolubilité de l'union provient peut-être des liens de patronage, la question était controversée. Ce seul fait nous montre combien le lien du *concubinatus* était plus fragile que celui que formait le mariage (6).

(1) Loi 1, § 2, Dig., *De Concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(2) Loi 5, Dig., *ibid.*
(3) Gide, *op. cit.*, p. 560, note 5.
(4) Loi 17, pr. Dig. *De act. rerum amotarum*, liv. XXV, titre 2.
(5) Loi 1, pr. Dig., *De concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(6) Voir Mispoulet, *op. cit.*, p. 273 et note 1.

CHAPITRE II.

EFFETS DU « CONCUBINATUS » ENTRE LES CONCUBINS.

Nous allons énumérer maintenant tous les effets que produit le *concubinatus* et qui nous sont signalés par les textes. Nous verrons qu'il résulte, de l'examen de ces textes, une preuve de plus qu'il n'est qu'un simple fait, toléré par la loi, mais dépourvu de tout effet juridique.

I. — Le mariage met les époux sur un pied d'égalité, « *individuam vitæ consuetudinem continet* » (1), dit un texte, et ailleurs : « *Paulus respondit, dignitatem mulierum ex honore matrimonii et augeri et minui solere* » (2). Il n'en est pas de même du *concubinatus;* même au temps du Bas-Empire, le *concubinatus* est qualifié *conjugium inæquale* parce que la femme ne s'associait pas aux honneurs du mari (3). Pothier définit ainsi la condition de la concubine : « *Concubina non habet civile nomen uxoris : tecti et mensæ dumtaxat particeps non etiam titulorum et dignitatis viri* » (4).

Au point de vue social, chacun des concubins garde sa condition antérieure : la concubine qui occupe généralement un rang infime dans la société (5), ce qui l'empêchera presque toujours d'être confondue avec la femme légitime, ne s'élèvera point, comme l'*uxor*, au niveau de son mari : Il n'y a point *individua vitæ consuetudo, consortium omnis vitæ*. Si le *concubinatus* a pour effet de maintenir les distinctions sociales qui existaient antérieurement à cette union, cette séparation a dû, *a fortiori*, subsister au point de vue religieux, et la concubine devait être exclue du culte privé de l'homme avec lequel elle vivait (6). *Divini et humani juris communicatio* (7).

II. — L'acte dotal qui accompagnait presque toujours le mariage était un indice, sinon une preuve, de l'existence des justes

(1) *Institutes*, liv. I, titre 9, § 1.
(2) *Fragm. Vatic.*, 104.
(3) Loi 3, Code, liv. V, titre 27.
(4) Pothier, *Pandectes*, XXV, 7.
(5) Loi 1, § 1. Loi 3, pr. Dig., *De concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(6) Mispoulet, *op. cit.*, p. 274.
(7) Loi 1, Dig., *De ritu nuptiarum*, liv. XXIII, titre 2.

noces. Le *concubinatus* ne comporte pas de dot : « *Neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est* » (1). Il n'y avait pas non plus d'action *rei uxoriæ*.

III. — Entre époux, les donations étaient nulles (2), elles sont valables entre concubins. « *Donationes in concubinam collatas, non posse revocari convenit, nec si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere, quod ante jure valuit; an autem maritalis honor et affectio pridem præcesserit, personis comparatis, vitæ conjunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium* » (3).

IV. — Cujas croit que la concubine peut être poursuivie pour adultère parce que, dit-il, *concubina uxorem imitatur*. Connay soutient que la concubine, instrument de plaisir, est hors de l'atteinte des lois, *extra legis pœnam*. Voët admet une opinion intermédiaire, il distingue entre la concubine honnête, qui est encore *materfamilias*, et la concubine déchue dont la licence n'a d'autre frein que la menace de l'abandon.

Cette dernière opinion semble avoir pour elle la sanction des textes. Il est certain en effet que l'affranchie devenue la concubine de son patron est tenue de l'action en adultère ; or cette concubine ne perd pas la dignité de *materfamilias* : « *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit: jure quidem mariti accusare eam non poterit, quæ uxor non fuit ; jure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur; si modo ea sit, quæ in concubinatu se dando, matronæ nomen non amisit, utputa quæ patroni concubina fuit* » (4). Quant aux autres concubines, elles ne peuvent être poursuivies pour adultère (5).

V. — Le *concubinatus* était-il une cause d'alliance, *ad fines sunt viri et uxoris cognati*. Engendrait-il une certaine *affinitas?* On pourrait le soutenir quand on voit dans les textes que la même femme ne peut pas être successivement la concubine du père et du fils (6) et que « *liberi concubinas parentum*

(1) Loi 3, Dig. *De jure dotium*, liv. XXIII, titre 3.
(2) Loi 3, § 1, Dig., *De donat. inter vir. et uxor.*, liv. XXIV, titre 1.
(3) Loi 31, pr. Dig., *De donationibus*, liv. XXXIX, titre 5.
(4) Loi 13, pr. Dig., *Ad legem juliam de adult.*, liv. XLVIII, titre 5.
(5) Loi 13, § 6, Dig., *eod. tit.*
(6) Loi 1, § 3, Dig., *De concubinis*, liv. XXV, titre 7.

suorum (uxores) ducere non possunt : quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt » (1) ; mais ces deux décisions s'expliquent suffisamment par des raisons de morale et de convenance.

« Il ne faudrait pas argumenter non plus de ce que les enfants issus du concubinat deviennent les *privigni* ou *privignæ* de celui qui plus tard épouse leur mère (2) ; car cette décision n'est pas moins vraie des *vulgo concepti*, et rien ne prouve que les enfants nés du concubinat deviendraient pareillement les *privigni* ou *privignæ* de la femme qui épouserait leur père» (3).

VI. — Les règles du divorce ne s'appliquaient pas au *concubinatus :* nous l'avons dit plus haut, cette union se formait et se terminait *solo consensu.* Il n'y avait qu'une exception à cette règle dans le cas de *concubinatus* entre un patron et son affranchie.

VII. — Il n'y a pas lieu, entre concubins, à l'action *rerum amotarum* (4), c'est l'action *furti* qui est donnée en cas de détournement d'objets : « *Si concubina res amoverit, hoc jure utimur, ut furti teneatur* » (5).

VIII. — Le *concubinatus* ne donnait pas lieu à la *bonorum possessio unde vir et uxor :* « *Ut bonorum possessio peti possit, justum esse matrimonium oportet* » (6).

IX. — Il n'y avait pas de *jus decimarum* entre concubins. Celsus nous dit à ce sujet : « *Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri Consulis, itum in sententiam suam : ut, cum Otacilius Catulus, filia ex asse herede instituta, liberto ducenta legasset, petissetque ab eo, ut ea concubinæ ipsius daret, et libertus, vivo testatore, decessisset, et quod ei relictum erat, apud filiam remansisset, cogeretur filia id fideicommissum concubinæ reddere* » (7).

X. — La capacité de disposer à titre gratuit était restreinte, soit à l'égard de l'épouse légitime, soit à l'égard de la femme

(1) Loi 4, Code, *De nuptiis*, liv. V, titre 4.
(2) Loi 7, Dig., *De grad.*, liv. XXXVIII, titre 8.
(3) Accarias, *op. cit.*, p. 250, note 2.
(4) Voir au sujet de cette action une très intéressante étude de M. Esmein sur la *manus*, la paternité et le divorce, dans l'ancien droit romain. (*Revue générale du droit*, 1883, p. 129 et suiv.)
(5) Loi 17, pr. Dig., *De act. rer. amot.*, liv. XXV, titre 2.
(6) Loi 1, pr. Dig., *Unde vir et uxor*, liv. XXXVIII, titre 11.
(7) Loi 29, pr. Dig. *De legatis*, liv. XXXI, *liber secundus.*

stupro cognita, elle n'était nullement restreinte à l'égard de la concubine.

XI. — Enfin les enfants issus *ex concubinatu* assuraient-ils à leurs parents les avantages résultant de la paternité légale, le *jus liberorum*, le *jus capiendi*, le *jus caduca vindicandi?* M. Pilette l'a soutenu, il est seul de son avis (1), cependant nous discuterons sa théorie dans le chapitre que nous consacrerons à l'étude de la condition de l'enfant naturel au point de vue du droit privé. Mais dès à présent nous pouvons affirmer que ces avantages n'ont jamais été attribués aux concubins au moins à l'époque classique, et, sous Justinien, les lois caducaires n'existaient plus. Nous montrerons aussi que le *concubinatus* ne pouvait attribuer une paternité certaine avant Justinien, et que, jamais, à aucune époque, il n'en est résulté une parenté naturelle ou *cognatio* pouvant produire certains effets juridiques, notamment au point de vue de la succession *unde cognati.*

*
* *

Ainsi le *concubinatus* ne produit, en règle générale, aucun effet juridique, il est un simple fait que la loi tolère mais ne reconnaît pas, et que la morale réprouve.

Avant de terminer ce chapitre, nous devons cependant signaler une exception dont nous avons déjà parlé, mais dont nous devons ici limiter la portée. Il s'agit du *concubinatus* formé entre le patron et son affranchie.

Cette union produit certains effets formellement reconnus par les textes :

1° L'affranchie, concubine de son patron, ne perd pas la dignité de *materfamilias : « In concubinatu se dando, matronæ nomen non amisit, quæ patroni concubina fuit »* (2).

2° Cette concubine devait à son patron la même fidélité que s'il l'avait épousée ; si elle le trompait, elle était punie comme adultère (3).

(1) En ce qui concerne le *jus capiendi* et le *jus caduca vindicandi*, M. Pilette n'est suivi par aucun auteur. Quant au *jus liberorum*, beaucoup d'auteurs croient qu'il résultait de la paternité dérivant du *concubinatus* et même de toutes autres unions irrégulières, mais d'autres auteurs sont d'un avis contraire, Gide notamment ne l'admet pas, même pour le *concubinatus.*

(2) Loi 13, pr. Dig., *Ad leg. Jul. de adult.*, liv. XLVIII, titre 5.

(3) Même texte.

3° Le consentement du patron lui était absolument nécessaire, soit pour se donner à un autre homme comme femme légitime ou comme concubine, soit même pour rompre simplement la vie commune (1).

Cette privation du *jus connubii* pour la concubine affranchie du patron explique pourquoi, dans les sentences de Paul comme dans le Digeste, le titre *de concubinis* est placé parmi ou après les titres relatifs au mariage.

« Voilà donc trois effets juridiques et des effets importants. Mais ces effets, quelle en est la cause ? Est-ce le fait du concubinage ? Je ne le pense pas, dit Gide. Ces effets juridiques ont pour cause un acte juridique, l'acte d'affranchissement. Ce qui le prouve, c'est que nous retrouvons ces effets ou des effets analogues dans tous les cas d'affranchissement, tandis que nous ne les rencontrons, à propos du concubinage, que dans le cas unique où la concubine est en même temps une affranchie. Tout affranchi était dans une étroite dépendance de celui dont il tenait la liberté, et, pour ainsi dire, son existence civile : il lui devait l'obéissance, l'*obsequium*, et, s'il manquait à ce devoir, une accusation d'ingratitude pouvait le ramener en esclavage. Or, pour l'affranchie que le patron avait prise pour sa concubine, ce devoir d'obéissance se transformait tout naturellement en un devoir de fidélité » (2).

(1) Loi 1, pr. Dig., *De concubinis*, liv. XXV, titre 7.
(2) Gide, *op. cit.*, p. 563.

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA CONDITION DES ENFANTS NATURELS NÉS DU « CONCUBINATUS ».

Étant donnée la nature du *concubinatus*, telle que nous l'avons définie, les enfants nés de cette union ne peuvent avoir, en droit, une situation différente de celle des enfants nés d'une relation passagère ; ils n'ont pas, en droit, un père certain, ce sont des *spurii, vulgo concepti, vulgo quæsiti.*

Certains auteurs, cependant, même parmi ceux qui se refusent à voir dans le *concubinatus* un mariage de second ordre, ont prétendu que les enfants nés de cette union avaient un père certain. « Quoiqu'il ne fût point un mariage, il indiquait la paternité. Les enfants n'étaient pas *spurii, vulgo concepti ;* on les nommait *naturales liberi* (1). Un texte de Paul (2), où nulle supposition d'interpolation n'est possible, nous montre un fils *légitime* institué avec un fils *naturel,* lequel est qualifié son frère naturel : filiation reconnue dès l'époque classique. Lorsque plus tard est introduite la légitimation par mariage subséquent, nul acte préalable de reconnaissance n'y est exigé, le concubinat montre la paternité naturelle » (3).

Nous ne saurions en aucune façon admettre cette règle : nous l'avons dit déjà, il faut distinguer avec soin deux périodes dans le droit romain afin de bien connaître la nature du *concubinatus* et la condition de l'enfant naturel né de cette union. Dans la première période, avant et pendant l'époque classique, la loi est muette sur la condition de cet enfant ; celui-ci est soumis au droit commun et ce droit commun peut se résumer en deux règles :

1° La paternité naturelle n'est pas reconnue par la loi à Rome ;

(1) Voir au Code, *De naturalibus liberis,* liv. V, titre 27.
(2) Loi 45, Dig., *De vulg. subst,* liv. XXVIII, titre 6.
(3) Ortolan, *op. cit.,* p. 101, n° 122.

2° La maternité légitime ne produit pas des effets différents de ceux que produit la maternité naturelle.

Nous montrerons plus loin les conséquences de ces deux règles.

Dans la deuxième période, sous l'influence du christianisme, la sollicitude des empereurs est éveillée à l'égard de la condition des enfants naturels : la famille agnatique s'efface, la famille naturelle est peu à peu reconnue par la loi. Dès lors, des lois multiples sont portées pour réglementer la condition des enfants nés hors mariage. De Constantin à Justinien, la situation légale des enfants naturels est réglée, dans son ensemble, par des lois multiples, compliquées et souvent contradictoires (1). A l'époque de Justinien, l'enfant né *ex concubinatu* pourra devenir légitime et, par suite, avoir un père légalement certain, grâce à l'institution de la légitimation. A cette époque, la distinction des enfants naturels en *liberi naturales* d'une part, et *spurii* ou *vulgo concepti* de l'autre est reconnue par la loi. A cette époque encore, le *concubinatus* produit certainement plusieurs effets légaux importants. Mais ce sont là des innovations de la législation impériale et non des règles du droit ancien, ce sont des principes nouveaux introduits sous la double influence des mœurs et de la loi.

C'est cette distinction entre deux périodes bien tranchées dans la législation relative à la condition des enfants naturels nés *ex concubinatu* que nous allons essayer de démontrer dans cette deuxième partie.

(1) Gide, *op. cit.*, p. 582.

CHAPITRE I.

CONDITION DES ENFANTS NÉS DU « CONCUBINATUS » AU POINT DE VUE DU DROIT PRIVÉ.

Nous diviserons ce chapitre en trois paragraphes :

I. — Dénomination de l'enfant né *ex concubinatu.*

II. — Situation des enfants nés *ex concubinatu* vis-à-vis de leur père.

III. — Situation des enfants nés *ex concubinatu* vis-à-vis de leur mère.

I. — Dénomination de l'enfant EX CONCUBINATU.

Nous avons vu que certains auteurs ont cru pouvoir soutenir que les enfants issus *ex concubinatu* n'étaient pas des *spurii, vulgo concepti* et qu'on les nommait *liberi naturales.* De là ces auteurs ont conclu à la distinction des enfants naturels en deux classes : d'une part les *liberi naturales,* issus *ex concubinatu* et ayant un père certain, et, d'autre part, les *spurii, vulgo concepti,* issus de toute union irrégulière quelconque et n'ayant pas de père certain.

Ceci ne nous paraît pas exact ; nous croyons, au contraire, qu'à l'époque classique le mot *spurius* désignait tous les enfants naturels, quelle que fût l'union qui leur eût donné naissance, et par conséquent que les enfants issus *ex concubinatu* sont des *spurii, vulgo concepti* ou *vulgo quæsiti* comme tous les autres enfants nés hors mariage. Or, les *spurii* sont certainement des enfants sans père certain, *sine patre* ; si donc nous démontrons que les enfants issus *ex concubinatu* étaient des *spurii,* nous aurons démontré par là même qu'ils n'avaient pas de père certain et que la distinction proposée entre deux classes d'enfants naturels n'existe pas, au moins pendant la période classique.

Avant l'Empire, le mot *spurius* était un simple prénom qui devait, comme tant d'autres, tirer son origine d'une particula-

rité de la naissance de celui qui le portait (1). Mais, à l'époque classique, les jurisconsultes ne l'emploient plus que comme un qualificatif qui s'applique à toute une catégorie de personnes, aux enfants naturels, à tous les enfants nés en dehors d'un mariage légitime : « *Spurii patre incerto geniti quasi* σποροι», dit l'auteur *de nominibus* (2). Gaius nous dit aussi: «*Si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos; hi enim qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique, nec ob id in potestate ejus sunt, sed quales sunt ii quos mater vulgo concepit ; nam nec hi patrem habere omnino intelliguntur. cum his etiam incertus sit. Unde solent spurii filii appellari, vel a Græca voce quasi* σποράδην *concepti, vel quasi sine patre filii* » (3). De même Ulpien : *Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur* » (4).

Plutarque nous explique pourquoi ceux qui n'ont pas un père certain, c'est-à-dire légitime, s'appellent *spurii* : « Les Grecs disent σπορος pour *semen*. Mais ils ont tort lorsqu'ils prétendent, ainsi que les rhéteurs, en leurs discours, qu'on les appelle de ce nom parce qu'ils sont nés *promiscuo semine*. Spurius est un prénom comme Sextus, Decimus, Gaius. Les Romains n'écrivent pas en entier les prénoms ; ils les indiquent par une seule lettre : T, L, M, Titus, Lucius, Marcus ; ou par deux : TI, CN, Tiberius, Gnœus ; ou par trois : SEX, SER, Sextus, Servius. Spurius aussi s'indique par deux lettres : SP. Par les mêmes lettres ils désignent encore les bâtards : S. P., *Sine Patre*. De là vient l'erreur : *Spurius* et *incerto patre natus* étant indiqués par la même abréviation, on a appelé *spurii* même ces derniers » (5).

Plutarque ajoute qu'on a donné une autre raison de cette dénomination, raison qu'il trouve absurde : c'est celle tirée de l'étymologie que donnent Gaius, Modestin et Justinien du mot *spurius*.

Nous avons reproduit plus haut le texte de Gaius ; voici celui de Modestin : « *Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstra-*

(1) Mispoulet, *op. cit.*, p. 251.
(2) *Ibid.*, p. 254.
(3) Gaius, ch. I, § 64.
(4) Ulpien, titre IV, § 2.
(5) Plutarque, *Quæstiones Romanæ*, 103.

re non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet : qui et spurii appellantur πάρα τὴν σπορὰν, *id est, a satione* » (1).

Justinien reproduit le texte de Gaius : « *Unde solent spurii appellari. vel a Græca voce quasi* σποράδην *concepti, vel quasi sine patre filii* » (2).

On a prétendu, en prenant pour base le texte de Gaius et celui de Modestin que nous venons de citer, que les jurisconsultes ne donnaient le nom de *spurii* ou *vulgo concepti* qu'aux enfants nés de relations coupables, mais nous ne trouvons aucune trace d'une pareille distinction : les mots *spurii* ou *vulgo concepti* semblent, au contraire, désigner tous les enfants nés hors mariage, quelle que soit l'union irrégulière qui leur donne naissance.

Ainsi, que dit Modestin dans le texte cité plus haut ? « *Vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt* ». Or, nous connaissons la fameuse règle que Paul nous a transmise : « *Mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit : pater vero is est, quem nuptiæ demonstrant* » (3). La mère est toujours certaine, mais le père n'est certain que dans les justes noces. Ne peut-on pas dire que l'enfant, né *ex concubinatu*, ne peut *patrem demonstrare?* Car aucun texte ne dit que le *concubinatus* assure un père certain à l'enfant qui en est né. Donc, ce texte oppose aux enfants, nés de justes noces, qui ont un père certain, tous les enfants naturels, *vulgo concepti*, qui ont seulement une mère certaine mais non un père certain.

Cette opposition apparaît encore plus clairement dans tous les textes qui ont pour objet de régler les droits des enfants naturels vis-à-vis de leur mère. Partout, ces enfants sont appelés *vulgo quæsiti*, *vulgo concepti*, *spurii*, et ils sont ainsi appelés indifféremment quelle que soit l'union qui leur donne naissance.

Ulpien, à propos du sénatus-consulte Tertullien, dit que le bénéfice en est accordé à toute mère ingénue ou affranchie et il ajoute : « *Filium autem vel filiam accipere debemus, sive juste sint procreati, vel vulgo quæsiti* » (4). Et ailleurs : « *Sed et vulgo*

(1) Loi 23, Dig., *De statu hominum*, liv. I, titre 5.
(2) *Institutes*, liv. I, tit. X, § 12.
(3) Loi 5, Dig., *De in jus vocando*, liv. II, titre 4.
(4) Loi 2, § 1, Dig., *Ad sen. c. Tert*, liv. XXXVIII, titre 17.

quæsiti admittuntur ad matris legitimam hereditatem (1). Nous pouvons encore citer un texte d'Ulpien à propos de l'obligation alimentaire : « *Ergo et matrem cogemus, præsertim vulgo quæsitos liberos alere : nec non ipsos eam* » (2) : un texte de Gaius relatif à la possession de biens *unde cognati* : « *Itaque etiam vulgo quæsiti liberi matris, et mater talium liberorum..., ex hac parte bonorum possessionem petere possunt : quia sunt invicem sibi cognati* » (3) ; un autre texte d'Ulpien sur la *querela inofficiosi* : « *De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt* » (4). Enfin, un texte de Celsus reproduit encore la même opposition : « *Cum legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur ; vulgo quæsitus, matrem sequitur* » (5).

Dans tous ces textes, nous le voyons, les mots *spurii, vulgo concepti, vulgo quæsiti* sont opposés à *legitimi liberi*. Or, les *legitimi liberi* sont les enfants nés de justes noces ; les *spurii, vulgo concepti, vulgo quæsiti* sont des enfants nés hors mariage, égaux en droit, car ces différents termes sont employés indifféremment pour désigner les mêmes personnes. Et ces termes sont les seuls qui soient employés par les jurisconsultes pour désigner les enfants naturels, c'est donc qu'ils désignent tous les enfants naturels quelle que soit l'union qui leur donne naissance et qu'il n'existe qu'une classe unique d'enfants illégitimes. Ces termes serviront donc à désigner les enfants nés *ex concubinatu* comme ceux nés d'une union irrégulière quelconque.

D'ailleurs, quelle expression désignerait en droit romain les enfants nés *ex concubinatu* s'ils n'étaient pas appelés *spurii* ? M. Pilette prétend que ces enfants *ex concubinatu* sont des *liberi legitimi*. Son raisonnement est bien simple : « Un texte de Modestin, sur les excuses de la tutelle, dit en toutes lettres que les enfants *legitimi*, indistinctement, procurent l'*excusatio tutelæ*. Les *legitimi* et non les *justi* ! Les *legitimi*, par conséquent tous les enfants reconnus par la loi ! L'enfant né du concubinat n'est pas *justus*, il n'y a de *justi* que les enfants nés de justes noces, mais il est *secundum legem natus*, il est *legitimus* ! » (6) Or le texte de Modestin qui est ainsi conçu : « *Le-*

(1) Loi 1, § 2. Dig. *Ad Sen. c. Test.* liv. XXXVIII, titre 17.
(2) Loi 5, § 4. Dig., *De agnosc. et al. lib.*, liv. XXV, titre 3.
(3) Loi 2, Dig., *Unde cognati*, liv. XXXVIII, titre 8.
(4) Loi 29, § 1, Dig., *De inoff. test.*, liv. V, titre 2.
(5) Loi 19, Dig., *De statu hominum*, liv. I, titre 5.
(6) Pilette, *op. cit.*, p. 26.

gitimos autem liberos esse oportet omnes, etsi non sint in potestate » (1), se trouve expliqué par cet autre fragment du même jurisconsulte : « *Incolumes liberi, etiam si in potestate patri suo desierint esse, excusationem a muneribus civilibus præstant* (2). Il s'agit donc uniquement des enfants nés du mariage, mais qui sont sortis de puissance. D'ailleurs, si les enfants nés *ex concubinatu* étaient vraiment des *legitimi,* il faudrait admettre qu'ils arriveraient *ab intestat* à la possession de biens *unde legitimi :* oserait-on le soutenir ? Enfin, nous l'avons démontré, le *concubinatus* est bien une union reconnue, mais sans conséquences légales et dont la loi ne s'est à vrai dire occupée que pour la définir et la dérober aux peines du *stuprum.* Les enfants nés de cette union, indifférente à la loi, ne sont donc pas *secundum legem nati, legitimi*, ils sont comme tous les autres enfants naturels des *spurii, vulgo concepti, vulgo quæsiti.*

Quant à l'expression *liberi naturales* qui, dit-on, aurait désigné les enfants ayant un père certain et par conséquent les enfants nés *ex concubinatu*, nous dirons qu'une distinction est nécessaire. A l'époque classique, les mots *liberi naturales* sont employés par opposition aux mots *liberi adoptivi,* ou bien désignent les enfants nés *ex contubernio,* c'est-à-dire des enfants qui, aux yeux de la loi, ne peuvent avoir de père : «*Naturales liberos, id est in servitute susceptos*, dit un texte» (3). C'est sous les Empereurs chrétiens seulement que les enfants nés *ex concubinatu* furent nommés *liberi naturales* (4) et eurent peut-être un père certain, mais à l'époque classique cette expression a un sens tout différent.

Ainsi les enfants nés *ex concubinatu* ne sont ni *legitimi,* ni *liberi naturales,* et, dans les textes, on ne trouve aucune trace d'une distinction quelconque entre les enfants naturels dont les uns auraient eu un père certain et les autres pas de père certain. A l'époque classique en effet cette distinction n'existe pas, il n'y a qu'une classe d'enfants naturels, et les enfants nés *ex concubinatu* sont, comme tous les autres enfants illégitimes, des *spurii, vulgo concepti, vulgo quæsiti,* des enfants sans père certain.

(1) Loi 2, § 3, Dig., *De excusationibus,* liv. XXVII, titre 1.
(2) Loi 2, § 5, Dig., *De vacatione munerum,* liv. L, titre 5.
(3) Loi 88, § 12, Dig., *De legatis,* liv. XXXI, *liber secundus.*
(4) Loi 7, Code Th. *De natur. fil.,* liv. IV, titre 6. Novelle 89, preface.

Cette conclusion nous parait résulter clairement de tous les textes que nous avons cités et de la discussion qui précède ; mais, pour la rendre irréfutable, nous pouvons la sanctionner par une preuve directe que nous puisons dans les sources épigraphiques. Nous ne citerons qu'une inscription, elle suffira :

C · VELIVS · A · F · SCAPTIA
SIBI · ET · CONCVBINAE · SVAE
ET · VELIAE · SP · F · TERTIAE
FILIAE · MEAE, etc.

Velia Tertia est la fille de C. Velius et d'une concubine, Velia Tertia s'appelle SP. F, *spuria* filia (1).

Ainsi il ne peut y avoir aucun doute: à l'époque classique, les enfants nés *ex concubinatu* étaient bien des *spurii*, des enfants sans père, *sine patre concepti, vulgo concepti.*

De ce que ces enfants sont des *spurii*, nous pourrions simplement conclure qu'ils doivent, comme tous les *spurii*, suivre la condition de leur mère et par suite prendre le nom de leur mère.

Mais ici encore nous pouvons chercher dans les inscriptions une preuve directe de notre règle. Nous nous contenterons de citer deux inscriptions; elles suffiront pour montrer que ces enfants ne prennent jamais le nom de leur père et portent au contraire le nom de leur mère.

*a*QVILLIVS · L · F · TER
RVFVS
*a*ED · IIVIR · PRAEF · I · D · SIBI
ET · C · AQVILIO · FLORO · F · ET
MARIAE · PIERIDI · F · ET
MARIAE · STACTE · CONCVB
ARBITRATV · EIVS ·
TESTAMENTO

On le voit : Aquilius Rufus a eu deux enfants dont l'un, C. Aquilius Florus, placé le premier, est légitime ; le second, Maria Pieris, est la fille d'Aquilius Rufus et de sa concubine Maria Stacte ; cette enfant, née *ex concubinatu,* prend le nom de sa mère (2).

(1) R. Fabretti, nº 259. Voir Mispoulet, *Études d'institutions romaines*, p. 258, 279 et 285.

(2) *Corpus Insc. Latr.*, t. IX, nº 2346. Voir Mispoulet, *op. cit.*, p. 286.

Voici la deuxième inscription que nous voulons citer :

EX · TESTAMENTO · CN · NVMIDI · BERVLLI ·
L · ALLIO · L · F · QVARTINO · FILIO · SVO
VIXIT · ANNIS · VII · ET · MENSES · V · ET
ALLIAE · NYSAE · CONCVBINAE · SVAE · ET · SIBI · ET
etc...

L. Allius, fils de Cn. Numidius et d'Allia, concubine de celui-ci, prend le nom de sa mère. L. Allius se dit L. F., c'est-à-dire *Lucii filius*, tandis qu'il devrait s'appeler SP. F. *Spurius filius*. «Au lieu de prendre son véritable nom, dit M. Mispoulet, il a préféré se donner une filiation imaginaire, comme le faisaient la plupart des *novi cives*, notamment les soldats, en recevant le droit de cité. Mais ce qu'il faut surtout retenir, c'est qu'il se garde bien de se dire fils de Cneius, preuve manifeste que celui-ci, quoique concubin de sa mère, n'était pas son père aux yeux de la loi ».

Ainsi nous trouvons encore ici une preuve de plus que l'enfant né *ex concubinatu* n'a pas de père certain, et une justification nouvelle de notre théorie que le *concubinatus* ne produit aucun effet juridique.

II. — Situation des enfants nés EX CONCUBINATU vis-à-vis de leur père.

Nous avons vu dans le paragraphe précédent que les enfants nés *ex concubinatu* étaient, soit par les jurisconsultes, soit dans les inscriptions, nommés comme tous les autres enfants illégitimes *spurii*, *vulgo concepti* ou *vulgo quæsiti*, et qu'ils prenaient toujours le nom de leur mère. Nous pouvons conclure de cette double constatation que les enfants nés *ex concubinatu* n'ont pas de père légalement certain et qu'ils suivent toujours la condition de leur mère; en d'autres termes, vis-à-vis de leur père, ils sont de simples étrangers, aux yeux de la loi, ou mieux, que la paternité naturelle ne produit pas d'effets juridiques, qu'elle n'est pas reconnue par la loi.

C'est cette règle que nous allons démontrer et dont nous examinerons les conséquences; nous indiquerons ensuite les changements que les mœurs et la loi ont apportés à sa rigidité.

A l'époque classique, Rome se trouve encore dans la période du système agnatique (1). La parenté civile se développe par les mâles ; la famille agnatique ou civile n'est pas formée par les liens du sang, elle a pour fondement la puissance paternelle. Ainsi que le dit M. Mispoulet : « Celui qui a procréé un enfant n'est point pour cela son père devant la loi : le législateur a déterminé dans quels cas et à quelles conditions la paternité légale serait établie et, de même qu'il ne suffit pas de procréer un enfant pour en être légalement père, de même la loi peut attribuer la paternité à celui qui n'est pas l'auteur de l'enfant » (2). Le père est celui qui commande, *pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet* : maître de sa famille, il la compose de ceux qu'il choisit ; la famille est avant tout une œuvre de volonté.

C'est pour cela qu'à l'époque classique il n'y a que deux sources de la puissance paternelle : l'adoption par laquelle l'adoptant manifeste expressément sa volonté d'avoir l'adopté dans sa famille et sous sa puissance, et les justes noces, parce qu'en choisissant une *uxor justa* l'homme manifeste implicitement, aux yeux de la loi, la volonté d'avoir de son sang et sous sa puissance des enfants qui lui soient attachés par un lien légal de parenté et qui soient membres de sa famille civile. En dehors des justes noces et de l'adoption il n'y a pas de puissance paternelle, pas de paternité légale, pas de liens d'agnation. Le *concubinatus* ne peut donner naissance à la *patria potestas*, il ne peut créer des liens d'agnation, il est insuffisant pour constituer la famille civile.

Voici un premier point acquis, les enfants naturels nés *ex concubinatu* ne sont pas les *agnats* de leur père, nous allons démontrer qu'il n'y a pas non plus entre eux de liens de cognation ou parenté naturelle.

En effet, avant comme après les lois caducaires, les jurisconsultes sont unanimes sur l'indication des sources de la paternité et de la parenté paternelle. L'agnation se développe par les mâles, la cognation se développe par les femmes : « *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrui filius*

(1) Voir notre introduction.
(2) Mispoulet, *op. cit.*, p. 266.

et nepos ex eo. At hi qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati : itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio ; item amitæ, materteræ filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et invicem scilicet ego illi eodem jure conjungor, quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur » (1), nous dit Gaius. Et Modestin: « *Naturalis cognatio per se sine civili cognatione intelligitur, quæ per fœminam descendit, quæ vulgo liberos peperit. Civilis autem per se, quæ etiam legitima dicitur, sine (jure) naturali cognatio constitit per adoptionem.... naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur : civilis autem (cognatio) licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen agnatio vocatur : videlicet, quæ per mares contingit* » (2).

La première proposition, *la parenté civile se développe par les mâles*, est facile à comprendre et prouve seulement, dit M. Labbé, que le mariage légitime ou la puissance paternelle qui en dérive est, avec l'adoption, le fondement des familles agnatiques ou civiles. Elle appelle, par une réciprocité si simple en apparence, la seconde proposition, *la parenté naturelle se propage par les femmes*, qu'on ne fait pas attention à celle-ci. Cependant la seconde maxime a sa valeur, elle a sa portée ; car si le *concubinatus* établissait la paternité naturelle, aussi bien que la maternité naturelle, elle ne serait plus exacte. La cognation se propagerait par le concubin aussi bien que par la concubine. Le père certain servirait d'union entre ses parents et l'enfant né du *concubinatus*. Or cela n'est pas. La cognation ne s'étend et ne se ramifie que par les femmes. C'est que, en dehors des *justæ nuptiæ* qui créent l'agnation, la paternité n'est pas légalement reconnue (3).

Cette doctrine nous paraît absolument conforme aux principes généraux du droit de l'époque classique et aux règles de la constitution de la famille à Rome.

M. Ortolan a cependant professé une théorie contraire. A ses yeux, l'idée que la cognation ne se formerait que par les femmes est une idée fausse : une seule preuve entre mille, dit-il,

(1) Gaius, ch. I, § 156.
(2) Loi 4, § 2, Dig., *De grad. et aff.*, liv. XXXVIII, titre 10.
Voir aussi Loi 10, § 2, Dig. *eod. tit.*
(3) Labbé, *op. cit.*, p. 698.

c'est que les agnats, s'ils avaient négligé de demander la possession de biens *unde legitimi*, pouvaient recourir à leur rang de proximité par le sang à celle *unde cognati* (1). Il est fâcheux que M. Ortolan n'ait donné que cette preuve de son affirmation, car il est bien facile de réfuter cet argument ; les agnats peuvent demander la *bonorum possessio unde cognati*, mais cela ne prouve pas du tout que la cognation se développe autrement que par les femmes, il faut voir là simplement une application du principe indiqué au Digeste dans plusieurs textes, et d'après lequel tout agnat est à la fois agnat et cognat, membre de la famille civile et de la famille naturelle (2). La preuve entre mille que nous offre M. Ortolan ne peut donc justifier la doctrine de ce savant professeur. Nous n'insistons pas, nous reviendrons d'ailleurs sur ce point un peu plus loin.

Quoi qu'il en soit, M. Ortolan se basant sur la règle qu'il prétend établir, conclut que les enfants nés *ex concubinatu*, ayant un père certain, étaient unis indubitablement par les liens naturels du sang non seulement à la mère et aux parents maternels, mais encore au père et aux parents paternels (3). Aussi, bien qu'il n'y ait aucun texte précis ni pour ni contre, il croit que les enfants nés *ex concubinatu* pouvaient invoquer la *bonorum possessio unde cognati* soit quant à la mère et aux parents maternels, soit même quant au père et aux parents paternels (4).

M. Pilette, adoptant sans réserves la doctrine de M. Ortolan et en déduisant les conséquences logiques, accorde aux enfants nés *ex concubinatu* non seulement la *bonorum possessio unde cognati*, mais encore le droit d'intenter la *querela testamenti inofficiosi*, et enfin une légitime sur la succession de leur père. « A partir des lois Julia et Papia Poppœa, affirme M. Pilette, les enfants *ex concubinatu quæsiti* ont un père certain. Si celui-ci les omet dans son testament, il manque envers eux à l'*officium pietatis*, il fait preuve de cette malveillance dont on se préoccupait exclusivement pour justifier la *querela inofficiosi testamenti*. Ils auraient donc pu intenter cette *querela*, mais dans le cas seulement, bien entendu, où *ab intestat* ils

(1) Ortolan, *op. cit.*, n° 1112.

(2) *Utroque jure naturali et civili consistit cognatio, cum justis nuptiis contractis copulatur.* Loi 4, § 2. Dig., *De grad. et aff.*, liv. XXXVIII, titre 10. Voir Loi 10, § 4. Dig. *eod. tit.*, et Loi 5, pr. Dig., *Unde legitimi.*, liv. XXXVIII, titre 7.

(3) Ortolan, *op. cit.*, n° 1073, t. III, p. 61.

(4) *Ibid.*, n° 1112, p. 83.

eussent dû avoir quelque chose ; en d'autres termes, dans le cas où, par la *bonorum possessio unde cognati* qui leur appartenait, ils auraient été appelés en premier ordre. Autant vaut dire, que, dans ce cas, ils ont une légitime » (1).

Ainsi ces deux auteurs n'hésitent pas à attribuer sur les biens de leur père à l'enfant né *ex concubinatu*, les droits de succession qui sont reconnus aux cognats. Et pour prouver que la cognation existait entre la famille paternelle et cet enfant, M. Pilette ajoute que cela n'est nullement contraire au principe qui, plaçant cet enfant en dehors de la famille civile de son père, le soustrait à la *patria potestas*, et lui enlève les droits d'agnation. On peut, sans faire partie de cette famille de convention, compter dans la famille naturelle, et y avoir tous les droits résultant d'une parenté incontestable (2). Ce n'est pas la loi qui fait les cognats, dit-on encore, c'est la nature : la cognation est, ainsi que le dit Gaius (3), un de ces « *naturalia jura quæ civilis ratio corrumpere non potest* »(4). En d'autres termes, ceci revient à dire avec M. Ortolan que la cognation ne se développe pas seulement par les femmes, mais peut aussi se propager par les mâles.

C'est là, en effet, la base de la doctrine de ces deux auteurs, or comment peut-on soutenir une pareille affirmation en présence des textes que nous avons cités et d'autres encore, qui tous formulent expressément la règle contraire ? « *Qui autem per fœminas conjunguntur, cognati tantum nominantur* » (5). Gaius, Modestin, Paul, tous les jurisconsultes affirment expressément que l'agnation se développe par les mâles, la cognation par les femmes.

C'est par application de cette dernière règle que Gaius nous dit, quand il veut indiquer les personnes qui peuvent demander la *bonorum possessio unde cognati* : « *Vocantur etiam eæ personæ quæ per feminini sexus personas copulatæ sunt* »(6). Ailleurs, quand il veut nous montrer l'extension apportée, sous l'influence de l'équité, à la réforme prétorienne, et qu'il nous indique les cognats aptes à obtenir cette possession de biens, les

(1) Pilette, *op. cit.*, p. 69.
(2) *Ibid.*, p. 65.
(3) Gaius, ch. I, § 158.
(4) Gide, *op. cit.*, p. 576.
(5) Loi 10, § 2 *in fine.*, Dig., *De grad. et aff.* liv. XXXVIII, titre 10.
(6) Gaius, ch. III, § 30.

exemples qu'il donne montrent bien qu'il ne considère comme cognats que les parents par les femmes : « *Hac parte proconsul naturali æquitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant. Itaque etiam vulgo quæsiti liberi matris, et mater talium liberorum, item ipsi frates inter se, ex hac parte bonorum possessionem petere possunt : quia sunt invicem sibi cognati. Usque adeo ut prægnans quoque manumissa si peperit, et is qui natus est matri, et mater ipsi, et inter se quoque et qui nascuntur, cognati sint* » (1). En présence de tous les textes que nous possédons, il ne nous paraît pas possible que des doutes sérieux s'élèvent sur l'existence de cette règle : la cognation ne se développe que par les femmes. Quant à la *bonorum possessio unde cognati,* nous ne possédons aucun texte qui l'accorde aux enfants nés *ex concubinatu* et nous devons remarquer que ces enfants ne sont jamais mentionnés par les jurisconsultes au nombre des cognats aptes à obtenir cette possession de biens. Ce silence des textes n'est-il pas une preuve manifeste que ces enfants n'avaient aucun droit sur la succession de leur père ?

Le *concubinatus* étant fréquent à Rome à l'époque des Antonins, puisque Marc Aurèle lui-même prit une concubine, comment Gaius aurait-il omis de citer les enfants nés *ex concubinatu* parmi les cognats qui pouvaient demander par rapport à la succession de leur père, la *bonorum possessio unde cognati ?* Comment Gaius eût-il gardé le silence sur cette application de la *bonorum possessio* qui eût été importante ? Or, nous constatons le même silence dans tous les textes du Digeste et du Code sur la *bonorum possessio unde cognati.* De plus, si les enfants issus *ex concubinatu* avaient pu venir comme cognats à la succession de leur père, on ne peut leur refuser la plainte d'inofficiosité, et enfin la logique conduit à leur accorder également une légitime. Est-il admissible qu'une pareille institution n'ait laissé aucune trace chez les historiens ni chez les jurisconsultes ? (2) Comment expliquer le silence des textes sur l'attribution de droits aussi importants aux enfants nés *ex concubinatu*, si réellement ces droits leur avaient été accordés ? Ce

(1) Loi 2, Dig., *Unde cognati,* liv. XXXVIII, titre 8.
(2) Voir Bonnier sur Ortolan, *op. cit.*, p. 694.

silence des textes suffirait à lui seul, nous le croyons, à démontrer que la *bonorum possessio unde cognati* était refusée à ces enfants.

D'ailleurs, ainsi que le fait remarquer M. Accarias, qui professe cependant que le *concubinatus* assure aux enfants nés de cette union un père certain, « à l'époque où la *bonorum possessio unde cognati* a été créée, le *concubinatus* n'avait pas d'existence légale, le préteur ne dut donc pas se préoccuper des enfants qui en naîtraient. Dès lors, pour croire qu'ils figuraient dans l'ordre des cognats, il faudrait admettre que l'application de l'édit leur aurait était faite, soit par les lois caducaires qui organisèrent le *concubinatus*, soit par des lois ou une jurisprudence postérieures. Mais cette supposition n'est guère conforme à l'esprit des lois caducaires et elle n'est confirmée directement ou indirectement par aucun texte » (1). M. Accarias ajoute que le fait même d'avoir un père certain prouverait simplement dans notre espèce que les enfants nés *ex concubinatu* auraient pu être admis à la *bonorum possessio unde cognati*, mais ne prouverait pas que cette possession de biens leur ait été accordée (2).

C'est qu'en effet pour accorder, sur la succession de leur père, la *bonorum possessio unde cognati*, la *querela inofficiosi testamenti* et une légitime aux enfants nés *ex concubinatu*, il faudrait au moins un texte. Or ce texte n'existe pas, et, en son absence, nous ne pouvons admettre que ces enfants aient eu des droits aussi importants alors que nous voyons les jurisconsultes leur refuser jusqu'au droit de vivre, pour ainsi dire, le droit à des aliments, n'accorder qu'à la mère et non au père, le droit aux *obsequia* des enfants naturels, refuser au père naturel le droit de nommer un tuteur à son fils ou du moins ne pas lui donner à cet égard plus de droits qu'à un étranger. Que conclure de ces décisions, sinon que les enfants nés *ex concubinatu* ne pouvaient réclamer aucun des droits dérivant de la cognation, qu'ils n'étaient pas des cognats de leur père.

Cette conclusion d'ailleurs n'est-elle pas conforme à tous les résultats des discussions qui précèdent, aux principes qui régissaient la famille à Rome, et enfin à l'idée même que les

(1) Accarias, *op. cit.*, t. I, n° 456, p. 1251.
(2) *Ibid.*, p. 1252, note 1.

Romains se faisaient de la cognation ? « Les Romains, en effet, dit Gide, se faisaient de la cognation une idée plus étroite et plus grossière qu'on ne pense. De même qu'il n'y avait à leurs yeux de parenté civile que par les hommes, de même il ne pouvait y avoir de parenté naturelle que par les femmes. Ce qui constituait à leurs yeux le rapport naturel de parenté, c'était un fait purement physique : non pas le fait de la génération, que la nature cache et que le juge ne peut constater, mais le fait de la naissance. La même loi naturelle qui attribue les fruits de la terre au propriétaire du sol et non à celui de la semence, l'agneau au propriétaire de la brebis, et le jeune esclave au maître de sa mère, cette même loi va régler aussi le sort de l'enfant naturel : cet enfant n'a pas de père, il n'a qu'une mère » (1).

Ajoutons que Justinien lui-même, qui a établi un lien de parenté entre l'enfant né *ex concubinatu* et son père, n'est jamais allé jusqu'à reconnaître un rapport de cognation entre l'enfant naturel et son père ou la famille de son père, c'est un simple rapport *individuel* qu'il a établi entre le père et le fils seulement. Ceci nous montre bien qu'à l'époque classique, il n'existait aucun lien de parenté entre le père et le fils, celui-ci n'était donc pas le cognat de son père.

Nous croyons avoir suffisamment démontré que les enfants nés *ex concubinatu* n'étaient pas les agnats de leur père, qu'ils n'en étaient pas non plus les cognats ; nous allons démontrer maintenant qu'ils n'avaient même pas de père légalement certain.

Pour soutenir que les enfants nés *ex concubinatu* avaient un père légalement connu, on s'est fondé sur ce que le *concubinatus* était devenu, après les lois caducaires, une union régulière et légale (nous avons démontré plus haut que cette manière de voir était inexacte), et sur ce que, dans la législation du Bas-Empire, la légitimation par mariage subséquent supposait nécessairement une paternité certaine, puisqu'elle était basée sur cette paternité. Sans doute il a pu en être ainsi au Bas-Empire, mais, à cette époque, les mœurs ont changé, la famille agnatique n'existe plus, la famille est regardée comme une institution naturelle ou même divine. La volonté humaine n'a plus d'empire sur la formation des familles : la paternité

(1) Gide, *op. cit.*, p. 576.

s'impose à l'homme comme une conséquence nécessaire de la procréation. Nous l'avons dit déjà, ce sont là des idées nouvelles qu'il ne faut point, par anachronisme, attribuer au droit ancien. On ne peut transporter à l'époque classique, des mœurs et des idées qui sont en contradiction complète avec les principes généraux du droit et la constitution de la famille agnatique.

Cependant nous devons reconnaître que la paternité dérivant *ex concubinatu* était certaine, en fait, le plus souvent. De nombreuses inscriptions, notamment les trois inscriptions que nous avons citées plus haut, nous montrent le nom du père à côté de celui de l'enfant naturel, ce qui semble indiquer que bien souvent l'enfant naturel occupait, en fait, dans la famille la place que lui refusait la loi. M. Mispoulet explique fort bien cette anomalie : « Ce que la loi ne peut faire, c'est détruire les sentiments naturels. Or en est-il de plus vifs que celui qui rattache l'enfant à son auteur? Le législateur aura beau supprimer dans telle ou telle hypothèse les effets légaux de la paternité, sa puissance ne saurait aller jusqu'à étouffer le sentiment de la paternité et en prohiber l'expression. C'est ainsi que nous voyons, dans certaines inscriptions, les esclaves qui, légalement, n'ont ni père ni mère, décrire leur filiation. C'est ce même sentiment qui a créé la parenté naturelle bien avant qu'elle ait été sanctionnée par le législateur » (1).

Mais ce n'est pas seulement par la possession d'état que la paternité naturelle peut être certaine, elle peut faire l'objet d'une constatation judiciaire. Quelle que fût la source de la paternité naturelle, les Romains n'en ont jamais prohibé la recherche, et le fait de la paternité pouvait être utile à constater en justice : 1° pour interpréter les dispositions d'un testament ou d'un contrat ; 2° en matiere d'affranchissement ; 3° pour déterminer le lien de parenté formant un obstacle au mariage (2). La paternité naturelle pouvait donc être prouvée en justice et constatée par un acte public et solennel.

« Mais la paternité naturelle une fois constatée, quelles vont en être les conséquences juridiques? La paternité naturelle, dit Gide, n'est qu'un fait ; devant la loi, elle n'est rien. Entre

(1) Mispoulet, *op. cit.*, p. 266.
(2) Gide, *op. cit.*, p. 574, note 2.

ce père et ce fils, il n'existe aucun rapport légal : ni rapport d'incapacité, le père peut tout donner à son fils ; ni rapport d'obligation, il peut tout lui refuser, de même qu'il ne peut rien exiger de lui » (1).

Ainsi la constatation judiciaire de la paternité naturelle est un simple fait matériel sans conséquences légales ; et la reconnaissance d'un enfant naturel est un acte purement privé non sactionné par la loi.

Il est vrai que certains textes au Digeste semblent, au premier abord, montrer que la paternité naturelle peut produire des effets juridiques au moins dans deux hypothèses :

1° En matière d'affranchissement ;

2° En matière d'empêchement au mariage.

I. Nous voyons en effet, dans la loi Ælia Sentia, qu'il n'était permis d'affranchir un esclave que pour des causes déterminées, qui devaient être constatées devant un tribunal. Or, parmi les causes que la jurisprudence de ce tribunal avait admises, voici celles que les jurisconsultes citent en première ligne : un maître peut affranchir son esclave, s'il prouve que cet esclave est son fils naturel ou son frère naturel. Gaius dit, en effet : « *Justa autem causa manumissionis est, veluti si quis filium filiamve, aut fratrem sororemve naturalem,.... apud consilium manumittat* » (2). Et à l'inverse : « *Justæ autem causæ manumissionis sunt, veluti si quis patrem, aut matrem... manumittat* » (3).

C'est ainsi que nous voyons encore qu'un père peut *vindicare in libertatem* son fils naturel en esclavage. C'est Ulpien qui nous l'apprend : « *Amplius puto, naturalibus quoque hoc idem præstandum, ut parens filium in servitute quæsitum et manumissum possit in libertatem vindicare* » (4).

II. On tient compte aussi du lien de parenté naturelle quand il s'agit de déterminer les empêchements au mariage entre parents. « *Dicendum est,* nous dit Paul, *ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint : etsi dubitetur, patrem eum esse. Unde nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere : quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus, et pudor inspiciendus est : contra*

(1) Gide, *op. cit.*, p. 575.
(2) Gaius, ch. I, § 19.
(3) *Ibid.*, § 39.
(4) Loi 3, pr. Dig., *De liberali causa*, liv. XL, titre 12.

pudorem est autem, filiam uxorem suam ducere» (1). Et plus loin il ajoute : « *In re dubia certius et modestius est, hujusmodi nuptiis abstinere* » (2).

Mais ces décisions, qui s'expliquent uniquement par des raisons d'humanité ou des raisons de morale et de convenance (*naturale jus* et *pudor*), prouvent-elles que le *concubinatus* produise quelques effets juridiques? Assurément, non. — « Un seul mot contient la réponse à l'objection qu'on pourrait en tirer, dit M. Labbé. La relation de père à fils, dont il est ici tenu compte, est-ce celle qui s'est formée par suite du concubinat? Non pas exclusivement. Celle qui est la conséquence d'une union entre esclaves a autant de valeur que celle issue d'une union quelconque entre personnes libres. Or, il est certain que la parenté entre esclaves est absolument dénuée d'effets juridiques ; même après l'affranchissement, elle ne confère en droit classique aucune vocation successorale. *Cognatio servilis nulla est.* Donc, d'une part, nos textes ne prouvent rien, parce qu'ils prouveraient trop. Ils ne sont pas spéciaux à la matière du concubinat. Ils embrassent le *contubernium.* D'autre part, s'il est démontré pour la parenté servile qu'elle peut être admise comme constante en fait dans un intérêt d'humanité ou d'honnêteté, sans être le principe de droits positifs à la succession ou à des aliments, pourquoi n'en serait-il pas de même de la paternité issue du concubinat » (3)?

On ne peut donc argumenter de ces décisions pour prouver que le *concubinatus* produit des effets juridiques, car toutes ces décisions, basées sur des considérations d'humanité ou de bienséance, consacrent des effets qui ne sont pas spéciaux au *concubinatus* et qui sont attribués à toute paternité naturelle, qu'elle qu'en soit la source. Or, ces effets sont les seuls que l'on peut attribuer au *concubinatus* en vertu de textes formels, si donc nous pouvons démontrer que le *concubinatus* ne produit aucun autre des effets que la loi romaine attribue à la paternité légale, nous aurons par cela même démontré que la paternité naturelle issue du *concubinatus* n'est qu'un fait sans conséquences légales, n'engendrant entre le père et le fils ni droits ni devoirs.

(1) Loi 14, § 2, Dig., *De ritu nuptiarum*, liv. XXIII, titre 2.
(2) Loi 14, § 3, Dig., *eod. tit.*
(3) Labbé sur Ortolan, *op. cit.*, p. 697, note 3.

C'est pour cela que nous allons successivement démontrer les sept propositions suivantes qui résument les droits et devoirs pouvant résulter de la paternité : les explications que nous donnerons pour faire cette démonstration nous feront connaître complètement la situation de l'enfant né *ex concubinatu* vis-à-vis de son père et nous montreront d'une manière irréfutable que le *concubinatus* ne produit aucune conséquence légale.

1° L'enfant né *ex concubinatu* n'a pas le droit de réclamer des aliments à son père.

2° Cet enfant n'est pas tenu aux *obsequia pietatis* envers son père.

3° Le père naturel n'a pas le droit d'imposer un tuteur à ce fils.

4° Les enfants issus *ex concubinatu* n'assurent pas à leur père le *jus liberorum*.

5° Ces enfants ne préservent pas leur père des peines du célibat et de l'*orbitas*.

6° Ces enfants ne procurent pas à leur père le *jus caduca vindicandi*.

7° Il n'y a aucun droit de succession établi entre le père et l'enfant : il n'y a de *bonorum possessio* ni au profit de l'un, ni au profit de l'autre.

I. — Les enfants naturels nés *ex concubinatu* n'ont pas le droit d'exiger de leur père des aliments et réciproquement le père naturel n'a pas le droit d'en exiger d'eux.

Cette opinion a été contestée par divers auteurs, notamment par M. Pilette : « La dette d'aliments des enfants naturels envers leur père et de celui-ci envers ses enfants ne date évidemment pas du règne de Justinien. Elle avait sa cause plutôt dans la sanction du droit de nature que dans les règles du droit civil. La seule recherche à laquelle il y eut lieu de procéder était celle de la filiation » (1). Le seul argument que l'on invoque à l'appui de cette affirmation est tiré d'un texte d'Ulpien qui décide que l'obligation alimentaire existe à l'égard, non seulement des enfants en puissance, mais encore des enfants émancipés ou devenus *sui juris* par une cause quelconque. « *Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate, cogatur quis*

(1) Pilette, *op. cit.*, p. 70.

exhibere, an vero etiam emancipatos, vel ex alia causa sui juris constitutos, videndum est. Et magis puto, etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus : et vice mutua alere parentes debere » (1).

Mais il est évident qu'Ulpien, dans cette phrase, n'a voulu parler que des enfants qui, pour une cause quelconque, sont sortis de la puissance paternelle ; la dette alimentaire subsiste, dans ce cas, quoique les liens d'agnation soient brisés et la puissance paternelle dissoute. Ce texte ne peut s'appliquer aux enfants qui n'ont jamais été sous la puissance de leur père, et ce qui le prouve c'est que, dans le même fragment, Ulpien s'occupe des *vulgo quæsiti* pour imposer à la mère, mais à la mère seule, l'obligation alimentaire : « *Matrem cogemus, præsertim vulgo quæsitos liberos alere* » (2). Enfin, toujours dans le même fragment, Ulpien rappelle une décision d'Antonin le Pieux qui subordonne la dette d'aliments d'un père envers sa fille à la preuve d'une naissance légitime : « *Divus Pius rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud judicium, juste eam procreatam* (3). « Si des enfants, disent ailleurs Julien et Modestin, réclament des aliments à leur père, et qu'on conteste à la mère la qualité d'épouse légitime, la décision sur la première question ne préjugera pas nécessairement la seconde » (4).

Il résulte bien évidemment de tous ces textes que la dette alimentaire était imposée au père légitime envers ses enfants légitimes, mais qu'avant Justinien elle n'a jamais existé pour le père naturel au profit des enfants nés *ex concubinatu*.

II. — L'enfant né *ex concubinatu* n'est pas tenu aux *obsequia pietatis* envers son père.

Les jurisconsultes romains, en effet, ne reconnaissent le droit aux *obsequia* qu'à la mère et à la mère seule (5).

M. Accarias, cependant, admet comme certain que l'enfant doit la *reverentia* à son père et, pour montrer la certitude de cette règle, il cite le texte suivant : « *Parentes naturales in jus*

(1) Loi 5, § 1, Dig., *De agnosc. et al. lib.*, liv. XXV, titre 3.
(2) Loi 5, § 4, Dig., *eod. tit.*
(3) Loi 5, § 6, Dig., *eod. tit.*
(4) Loi 3, § 7 ; Loi 7, Dig., *eod. tit.*
(5) Loi 1, § 1, Dig., *De obsequiis*, liv. XXXVII, titre 15.

vocare nemo potest: una est enim omnibus parentibus servanda reverentia » (1).

Mais quels sont ces *parentes naturales? Parentes naturales*, ce sont les parents naturels opposés ici aux parents adoptifs, ainsi que le prouve clairement le texte qui suit : « *Patris adoptivi parentes impune vocabit : quoniam hi ejus parentes non sunt* » (2).

Quant aux *omnibus parentibus* dont il est question à la fin de la loi 6, si nous voulons savoir ce qu'il faut entendre par ces mots, nous en trouverons l'explication dans le même titre, c'est Ulpien qui nous la donne : « *Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt : nec tamen, ut Severus dicebat, ad solos justos liberos, sed et si vulgo quæsitus sit filius, matrem in jus non vocabit* » (3).

Il est question seulement de la mère, jamais du père, et Paul nous en donne la raison : « *Quia (semper) mater certa est, etiamsi vulgo conceperit. Pater vero is est, quem nuptiæ demonstrant* » (4).

C'est donc à la mère seule, et non au père, que les enfants nés *ex concubinatu* doivent les *obsequia pietatis*, la *reverentia*.

III. — Le père naturel n'avait pas le droit d'imposer un tuteur à son fils *ex concubinatu*.

M. Pilette a cru pouvoir soutenir le contraire en se basant sur un texte d'Hermogène ainsi conçu : « *Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre : nec sine inquisitione confirmatur* » (5). Ce texte nous dit bien, en effet, que le père naturel peut donner un tuteur à son fils, sauf confirmation du magistrat, mais à quelle condition? à la condition que le père aura laissé quelque chose à son fils naturel. Or, un étranger lui-même pouvait désigner le tuteur d'un impubère lorsqu'il disposait en sa faveur (6). Le père naturel n'a donc pas plus de droit qu'un étranger à cet égard (7).

(1) Loi 6, Dig., *De in jus vocando*, liv. II, titre 4.
(2) Loi 7, Dig., *eod. tit.*
(3) Loi 4, § 3, Dig., *eod. tit.*
(4) Loi 5, Dig., *eod. tit.*
(5) Loi 7, pr. Dig., *De conf. tut.*, liv. XXVI, titre 3.
(6) Loi 4, Dig., *eod. tit.*
(7) Gide, *op. cit.*, p. 575, note 2.

IV. — Les enfants nés *ex concubinatu* n'assurent pas à leur père le *jus liberorum*.

Le *jus liberorum* était un ensemble de privilèges accordés, depuis Auguste (1), à ceux qui avaient procréé un certain nombre d'enfants.

Aux hommes, dit M. Pilette (2), le *jus liberorum* procurait une remise d'âge pour les *honores*. Aulu-Gelle (3) nous apprend que, d'après la loi Julia, celui des deux consuls qui avait le plus d'enfants pouvait se faire précéder des faisceaux avant son collègue. Le *jus liberorum* procurait aussi l'exemption de certaines charges publiques. Il dispensait de la nécessité d'être *judex*, au dire de Papinien ; il fournissait une cause suffisante d'excuse pour la tutelle; ainsi le citoyen qui avait trois enfants à Rome, celui qui en avait quatre en Italie et celui qui en avait cinq dans les provinces pouvait se dispenser d'accepter la tutelle ; du reste, les enfants adoptifs ne comptaient pas à l'adoptant, ils comptaient à leur père naturel (4). En principe, un affranchi riche d'au moins cent mille sesterces devait, à sa mort, laisser une partie de ses biens à son patron ; mais s'il avait trois enfants, toute sa fortune passait à ceux-ci, et le patron était écarté (5).

Ce sont là, on le voit, des avantages importants ; les enfants nés *ex concubinatu* procurent-ils ces avantages à leur père ?

M. Pilette a soutenu l'affirmative avec une grande vigueur ; son point de départ est qu'il n'était pas nécessaire d'avoir sous sa puissance les enfants qui procuraient les avantages attachés au *jus liberorum*. En effet, les femmes n'ont jamais la *patria potestas* sur leurs enfants, jamais elles n'ont que des enfants naturels et cependant elles jouissent fort bien du *jus liberorum* (6). D'ailleurs le paragraphe 194 des *Fragmenta Vaticana* nous fournit à l'occasion de la dispense de la tutelle un argument digne de remarque, pour soutenir que la puissance paternelle est indifférente lorsqu'il s'agit du *jus liberorum*: «*Justi autem an injusti sint filii non requiritur: multo minus, in potestate nec ne sint, cum etiam judicandi onere injustos filios relevare Papinia-*

(1) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 351, note 1.
(2) Pilette, *op. cit.*, p. 13 et 14.
(3) Aulu-Gelle., liv. II, ch. V.
(4) *Fragm. Vatic.*, § 191, 192, 194 et 196.
(5) Gaius, ch. IV, § 4.
(6) Pilette, *op. cit.*, p. 15.

nus lib. V. *Quæstionum scribat* (1). Or, qu'est-ce que ces enfants *injusti*, dit M. Pilette (2), sinon ceux issus du *concubinatus?*

Il est vrai que certains auteurs ont voulu voir dans ces *filii injusti* des enfants nés d'un *matrimonium justum* contracté au mépris des prohibitions de la loi Julia et Papia, mais dans ce cas les enfants ne sont que des *vulgo quæsiti* (3). Donc les *injusti* dont parlent les *Fragmenta Vaticana* sont les enfants nés *ex concubinatu.*

Et M. Pilette invoque encore en faveur de son opinion le paragraphe 168 des *Fragmenta Vaticana* : « *Quidam tamen justos secundum has leges putant dici. Divi quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita rescripserunt.* « *Si instrumentis probas habere te justos tres liberos, excusationem tuam Manilius Carbo prætor vir clarissimus accipiet* ». *Sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quæsiti sint.* » Or, les enfants issus *ex concubinatu* sont bien *secundum jus civile quæsiti*, dit M. Pilette, car les lois Julia et Papia Popœa, qui ont reconnu le *concubinatus*, font partie du *jus civile* tout aussi bien que les lois anciennes ; tout aussi bien que la loi des Douze Tables, donc ces enfants assureront à leur père l'excuse de la tutelle (4).

« Enfin, ce qui doit suffire à clore toute discussion à ce sujet, dit M. Pilette, c'est un fragment tiré du deuxième livre *excusationum* de Modestin. Ce fragment dit en toutes lettres que les enfants *legitimi*, indistinctement, procurent l'*excusatio tutelæ* (5). Les *legitimi* et non les *justi* ! Les *legitimi*, par conséquent tous les enfants reconnus par la loi ! L'enfant né du concubinat, n'est pas *justus*, il n'y a de *justi* que les enfants nés de justes noces, mais il est *secundum legem natus*, il est *legitimus* ! Je ne comprends pas qu'en présence d'un texte aussi formel, aussi topique, on ait pu un instant contester » (6).

Ainsi, pour justifier son opinion, M. Pilette est amené à affirmer que les enfants issus du *concubinatus* sont successivement dénommés dans les textes : *liberi injusti, secundum jus*

(1) *Fragm. Vatic.*, § 194.
(2) Pilette, *op. cit.*, p. 16.
(3) *Ibid.*, p. 18.
(4) Pilette, *op. cit.* p. 21.
(5) *Legitimos autem liberos esse oportet omnes, etsi non sint in potestate.* Loi 2, § 3, Dig., *De excusat.*, liv. XXVII, titre 1.
(6) Pilette, *op. cit.*, p. 26.

civile quæsiti, *liberi legitimi*. Si donc nous démontrons qu'aucune de ces expressions ne s'applique aux enfants nés *ex concubinatu*, nous aurons par cela même anéanti tous les arguments de cet ingénieux auteur.

Le § 194 des *Fragmenta Vaticana*, qui est le premier cité, nous apprend que les enfants *justi* ou *injusti* comptent tous pour la dispense de la tutelle. M. Pilette affirme que ces *injusti* sont les enfants issus *ex concubinatu :* rien ne le prouve, et, sans preuve, nous nous refusons à l'admettre. D'ailleurs, ainsi que le dit M. Accarias : « Si nous nous rappelons que l'on nomme *uxor injusta* la femme mariée selon le *jus gentium*, nous devons être portés à croire que les *liberi injusti* sont les enfants issus d'un tel mariage. Cette interprétation est d'autant plus naturelle que la décision qui précède immédiatement celle dont nous nous occupons se rapporte aux *Latins juniens* pour lesquels, on le sait, il n'y a pas d'autre mariage possible que celui du *jus gentium* » (1).

Quant au § 168, nous avons vu qu'il indique une distinction entre les *justi liberi secundum jus civile* et les *justi secundum has leges* (ces *leges* sont certainement les lois caducaires). Ce texte nous dit que certains jurisconsultes étaient d'avis qu'on ne devait excuser que ceux qui avaient des *justi liberi secundum has leges*, mais que cette opinion doit être rejetée ; *sed justorum mentio ita accipienda est*, *uti secundum jus civile quæsiti sint*.

Remarquons que la même distinction entre les *liberi justi secundum Legem Juliam Papiamque* et les *justi quæsiti secundum jus civile* se retrouve dans un texte de Paul où il définit les *sui heredes*, qualification qui certainement ne peut appartenir aux enfants naturels. « *Sui heredes sunt hi : primo loco filius filia in potestate patris constituti ; nec interest adoptivi sint an naturales, et secundum legem Juliam Papiamque quæsiti, modo maneant in potestate* » (2).

Et M. Machelard tire de là la conclusion suivante : « Ce texte

(1) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 352, note 2.

Gide voit dans les *injusti liberi* du paragraphe 194 *Fr. vat.*, non pas les enfants nés hors mariage, mais les enfants nés d'un mariage contraire à la loi Julia, quoique conforme au droit civil. Gide, *op. cit.* p. 569, note 2 *in fine*.

(2) *Sententiæ*, liv. IV, titre 8, § 4. Huscke a reconstitué le texte ainsi : *Sed secundum legem Julia Papiamque quæsiti.*

nous montre, dit-il, que l'union contractée au mépris des prohibitions apportées par les lois caducaires, ainsi le mariage d'un ingénu avec une *mulier famosa*, n'était pas nulle et produisait des effets civils ordinaires » (1).

Dès lors le § 168 des *Fragmenta Vaticana* s'explique aisément. Le jurisconsulte discute le point de savoir si les enfants issus d'un mariage entre citoyens romains, contracté contrairement aux prohibitions sévères introduites par les lois Julia et Papia Poppœa (2), mais conformément au vieux droit civil, doivent être considérés comme *justi* et si, dans le nombre de trois enfants, chiffre exigé pour la dispense de la tutelle à Rome, il faut compter seulement les enfants nés d'unions contractée *secundum leges Juliam et Papiam Poppœam*. Certains jurisconsultes sont de cet avis, mais l'auteur des *Fragmenta Vaticana* décide qu'il faut rejeter cette opinion, il suffit pour que les enfants soient considérés comme *justi* qu'ils soient nés d'une union conforme aux règles du vieux droit civil (3). C'est ainsi qu'il faut entendre les mots *quæsiti secundum jus civile*, expression qui certainement ne convient pas aux enfants nés *ex concubinatu* (4).

Enfin, M. Pilette invoque le texte de Modestin, sur les excuses de la tutelle, qui nous dit que tous les enfants *legitimi* procurent l'*excusatio tutelæ*. Mais, ainsi que nous l'avons dit plus haut, peut-on sérieusement soutenir que les enfants issus *ex concubinatu* sont des *liberi legitimi* (*secundum leges nati*)? S'ils étaient *legitimi*, il faudrait leur accorder la *bonorum possessio unde legitimi* : ce que personne n'a jamais osé soutenir. D'ailleurs le rapprochement des textes qui parlent des excuses de la tutelle ou des charges publiques nous montre que le texte de Modestin s'applique uniquement aux enfants nés du mariage, mais qui sont sortis de puissance, et non pas aux enfants qui n'ont jamais été *in potestate*.

De tout ceci il résulte que les expressions *liberi injusti*, *secundum jus civile quæsiti*, *liberi legitimi* n'ont jamais servi à désigner les enfants nés *ex concubinatu*, dès lors aucun des textes que M. Pilette cite à l'appui de son opinion ne s'applique

(1) Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 113.
(2) Voir Savigny, *Traité de droit romain*, tome II, Appendice VII.
(3) Voir Bonnier sur Ortolan, *op. cit.*, p. 691-692
(4) Voir Accarias., *op. cit.*, p. 352, note 2.

à ces enfants et l'argumentation de cet auteur n'a plus de base : son opinion doit être rejetée.

Nous croyons donc que les enfants nés *ex concubinatu* n'assuraient pas à leur père l'excuse de la tutelle, et de là nous pouvons conclure hardiment qu'ils ne procuraient aucun des autres avantages attachés au *jus liberorum*.

V. Les enfants issus *ex concubinatu* ne préservent pas leur père des peines de l'*orbitas*.

Nous savons en quoi consistent ces peines : aux termes de la loi Julia, les *cœlibes* ne peuvent recueillir ni hérédités testamentaires, ni legs, et la loi Papia Poppœa frappe les *orbi* d'une incapacité de même nature, mais restreinte à la moitié de la la disposition (1).

Nous avons démontré que le *concubinatus* était un simple concubinage aux yeux de la loi romaine, il est donc évident que les personnes vivant *in concubinatu* doivent être considérées comme *cœlibes*, et par suite n'échappent pas aux peines du célibat. D'ailleurs cette décision résulte avec évidence du langage des textes qui emploient toujours, en cette matière, les expressions *vir, uxor, matrimonium, nuptiæ* (2).

Mais, du moins, les enfants nés *ex concubinatu* dérobent-ils leur père aux peines de l'*orbitas?*

M. Pilette a soutenu l'affirmative ; pour jouir du *jus capiendi ex testamento,* il n'est pas nécessaire d'avoir ses enfants sous sa puissance. « L'idée de puissance écartée, dit M. Pilette, nous serons amenés à la démonstration suivante : La femme, quand elle a des enfants, n'est pas *orba,* car la maternité est toujours certaine ; c'est un point sur lequel tout le monde est d'accord. L'homme, en concubinat, est, de par la loi, le père de ses enfants ; il n'est donc pas *orbus,* il a donc le *jus capiendi ex testamento* » (3).

Mais cet argument n'est pas suffisant pour accorder un droit aussi important à l'homme qui vit *in concubinatu.* On ne peut, des droits de la femme conclure à ceux de l'homme ; à Rome, les enfants légitimes ou non ne sont jamais rattachés à la mère que par un lien purement naturel, et dès lors on ne sau-

(1) Gaius, ch. II, § 111 et § 286.
(2) Ulpien, XIV, XV, XVI.
(3) Pilette, *op. cit.*, p. 27.

rait conclure des décisions sur la maternité aux principes qui régissent la paternité (1).

Aussi, sur ce point, la théorie de M. Pilette n'a réuni aucun partisan. M. Accarias, qui refuse au *concubinatus* la prérogative d'exempter de l'incapacité qu'entraîne le célibat et aux enfants issus *ex concubinatu* le droit d'être comptés pour faire cesser l'incapacité partielle de l'*orbus*, justifie ainsi son opinion : « Je n'alléguerai pas avec quelques auteurs que les seuls enfants qui comptent en cette matière seraient ceux que le préteur appelle à la *bonorum possessio unde liberi ;* car cette proposition n'est pas vraie des enfants donnés et restés en adoption. Je me fonderai plutôt sur l'esprit général des lois caducaires, qui était de réformer les mœurs et d'encourager avant tout la procréation légitime » (2). Si Auguste visait à l'accroissement de la population, il se proposait également pour but de développer l'ancienne famille romaine, et c'eut été un singulier moyen d'en encourager la renaissance que d'assurer au *concubinatus* les mêmes effets qu'aux *justæ nuptiæ* (3).

Nous croyons donc que les enfants issus *ex concubinatu* ne peuvent assurer à leur père le *jus capiendi ex testamento :* l'homme qui vit *in concubinatu* n'est soustrait ni aux peines du célibat, ni aux peines de l'*orbitas*.

VI. Les enfants nés *ex concubinatu* ne procurent pas à leur père le *jus caduca vindicandi*.

Cette opinion est généralement adoptée ; seul, M. Pilette a soutenu l'opinion contraire.

« Le *jus caduca vindicandi*, attribut de la procréation légale, dit-il, était un des plus grands avantages que les lois caducaires aient accordés aux *patres ;* c'était la faculté, pour ceux-ci, de prendre, dans la succession, les parts qui échappaient aux *cælibes* et aux *orbi* » (4).

Si, comme je le prétends, dit-il encore, la puissance paternelle n'est point requise pour qu'une personne ait le *jus caduca vindicandi*, il faut admettre que tout homme qui est certainement le père d'un enfant peut revendiquer les caduques. Or, il est deux paternités certaines : celle qui résulte du *justum ma-*

(1) Voir Bonnier sur Ortolan, *op. cit.*, p. 693.
(2) Accarias, *op. cit.*, p. 1007, note 3.
(3) Voir Bonnier sur Ortolan, *op. cit.*, p. 693.
(4) Pilette, *op. cit.*, p. 29.

trimonium et celle qui résulte du *concubinatus*. Dès qu'on est *pater* aux yeux de la loi, on a le *jus caduca vindicandi*, car ce droit est conféré aux *patres* » (1). Et M. Pilette donne cette raison : « Le *jus caduca vindicandi* est une récompense accordée à ceux qui donnent des enfants à l'Etat. Ceux qui ont des enfants du concubinat, ou ceux qui en ont de justes noces, méritent également bien du pays ! » (2)

Pour nous, nous ne saurions nous laisser convaincre par ces arguments. D'abord il n'est pas démontré que l'homme qui vit *in concubinatu* soit un *pater* aux yeux de la loi. Ensuite les enfants nés *ex concubinatu* n'ayant pas la *bonorum possessio unde liberi* (on le reconnaît) leur père n'est point de ceux qui *liberos habent* (3), aux termes de la loi Papia (4). Enfin M. Machelard, dans son *traité sur le droit d'accroissement*, a montré d'une manière incontestable que les encouragements donnés par Auguste au mariage et à la procréation des enfants n'ont trait qu'aux justes noces.

VII. Il n'y a aucun droit de succession établi entre le père et l'enfant : il n'y a même pas de *bonorum possessio* ni au profit de l'un ni au profit de l'autre.

Nous avons démontré plus haut que la *bonorum possessio unde cognati* n'existait pas entre les enfants nés *ex concubinatu* et leur père, nous n'y reviendrons pas. Mais, puisqu'il n'y a de *bonorum possessio* ni au profit du père naturel ni au profit des enfants, *a fortiori*, n'y a-t-il pas de droit de succession.

Ainsi, nous le voyons, le *concubinatus* ne produit aucun des effets attachés à la paternité légale : nous avions déjà montré qu'il n'y avait aucun lien d'agnation ni de cognation entre les enfants nés *ex concubinatu* et leur père, nous venons de prouver que la paternité naturelle, fût-elle certaine en fait, ne produit aucune conséquence légale ; il n'y a aucun rapport légal entre ces enfants et leur père, l'enfant né *ex concubinatu* est un étranger pour le père naturel, aux yeux de la loi.

Mais si, entre ce père et ce fils, il n'existe aucun rapport légal, s'il n'y a aucun rapport d'obligation entre eux, si le père peut tout refuser à son fils de même qu'il ne peut rien exiger de lui, d'autre part il n'y a entre eux aucun rapport d'incapacité. Le

(1) Pilette, *op. cit.*, p. 30.
(2) *Ibid.*, p. 29.
(3) Gaius, III, § 206.
(4) Voir Bonnier sur Ortolan, *op. cit.*, p. 693.

père peut donner à ce fils tout ce qu'il pourrait donner à un étranger. Il peut lui faire des donations entre vifs ou des legs : *uti legassit, ita jus esto.* Il peut l'adopter : « *In servitute mea quæsitus mihi filius, in potestatem meam redigi beneficio principis potest : libertinum tamen eum manere, non dubitatur* (1). *Inviti filii naturales, vel emancipati, non rediguntur in patriam potestatem* » (2). « A-t-il des enfants légitimes? ce père peut faire entrer l'enfant naturel dans sa famille et le placer à côté de ses enfants, sur un pied d'égalité ; il peut faire plus encore : maître absolu dans sa maison, il peut dépouiller ses enfants légitimes pour combler de ses faveurs son enfant naturel ; il peut nommer cet enfant son héritier universel (3), et lui laisser, avec ce titre d'honneur, les trois quarts et même la totalité de son héritage, l'entretien de son culte, le gouvernement de sa maison, la tutelle de sa veuve et de ses autres enfants » (4).

Telle est la situation de l'enfant né *ex concubinatu* vis-à-vis de son père à l'époque classique.

Jusqu'à Constantin, la condition de cet enfant fut ainsi réglée par les principes de droit commun ; aucune disposition législative n'intervint pour la modifier. Mais, à partir de Constantin, sous l'influence du christianisme, les lois sur les enfants naturels se multiplient, édictant des incapacités et des rigueurs contre les enfants naturels, punissant ainsi chez les enfants la faute des parents. C'est ainsi qu'on attribue à Constantin plusieurs constitutions interdisant de faire en faveur des enfants nés *ex concubinatu* aucune disposition gratuite, soit entre vifs, soit par acte de dernière volonté (5).

A vrai dire, il semble que ces rigoureuses dispositions n'aient pas changé beaucoup les mœurs, puisque Saint Jérôme, qui vivait peu de temps après Constantin, nous dit que, de son temps, l'homme trop pauvre pour se marier et supporter la charge d'une famille, prenait pour concubine une esclave, en avait des enfants, traitait ces enfants comme ses fils et en faisait ses héritiers (6). Quoi qu'il en soit, les empereurs Valen-

(1) Loi 46, Dig., *De adopt.*, liv. I, titre 7.
(2) Loi 11, Dig., *De his qui sui, vel alieni juris sunt,* liv. I, titre 6.
(3) Loi 45, pr. Dig., *De vulg. et pup. subst.*, liv. XXVIII, titre 6.
(4) Gide, *op. cit.*, p. 569 et 570.
(5) Lois 4 et 5. Code Théodosien, *De nat. lib.*, liv. IV, titre 6.
(6) Nous empruntons à Gide (p. 582) cette traduction du passage qu'il cite de Saint Jérôme, *Epist.* 69, *Ad Oceanum.*

tinien, Valens et Gratien rendirent une constitution qui permit au père ayant des *liberi justi* de donner entre vifs ou par testament le douzième de ses biens à ses enfants naturels. Si cet homme n'avait ni père, ni mère, ni enfants légitimes, ses enfants naturels pouvaient recevoir un quart de sa fortune. Tout ce qui avait excédé cette quotité revenait aux héritiers légitimes (1).

Mais sous Justinien la paternité naturelle est définitivement reconnue. « Sous Justinien, dit Gide, la puissance paternelle n'est plus un sacerdoce ni une magistrature : elle a son fondement dans la loi naturelle, et les devoirs de la paternité s'imposent au père naturel lui-même. Désormais, il ne pourra plus repousser son enfant et le laisser dans la misère. Mais il ne pourra pas non plus le faire entrer dans sa famille légitime et le combler de ses dons ; car il a perdu sa toute-puissance. La loi, plus soucieuse de protéger les bonnes mœurs que de respecter la liberté civile, a mesuré la part de l'enfant naturel ; elle a marqué sa place, à côté, mais en dehors de la famille. Son père ne peut ni le relever de ses incapacités, ni le priver de ses droits ».

C'est alors que nous voyons Justinien introduire la légitimation des enfants naturels d'une façon permanente dans la législation et reconnaître par ce fait un père certain aux enfants issus *ex concubinatu*. Aussi Justinien ne tarde-t-il pas à attacher à la filiation et à la paternité naturelles, comme conséquences, des obligations alimentaires, des droits de succession, des incapacités de recevoir au delà d'une quotité (2). Une parenté par mâle sans légitimité est dès lors reconnue, mais placée dans une condition inférieure à la paternité légitime. Nous entrons dans le droit moderne.

III. — Situation des enfants nés EX CONCUBINATU vis-à-vis de leur mère.

Nous avons démontré dans le paragraphe précédent, la première des deux propositions que nous avons indiquées dans notre introduction. C'est que la paternité naturelle n'est qu'un

(1) Novelle 89, c. XII, préface.
(2) Novelle 18, c. V. — Novelle, 87, c. XII.

fait, elle n'est pas un droit; en d'autres termes, il n'y a pas à Rome, aux yeux de la loi, de paternité naturelle. Nous allons démontrer maintenant la deuxième proposition, c'est qu'il n'y a pas à Rome de maternité légitime; en d'autres termes, que les enfants naturels et les enfants légitimes sont, aux yeux de la loi, mis sur un pied d'égalité complète à l'égard de la mère.

Malgré la contradiction apparente entre les deux propositions, cette deuxième règle ne doit pas étonner, étant donnés les principes de la constitution de la famille et l'idée que les Romains se faisaient de la cognation. Entre la mère et les enfants soit légitimes soit naturels, il ne pouvait y avoir évidemment de lien d'agnation : l'agnation ne se développe que par les mâles; mais il y a certainement un lien de cognation : la cognation se propage par les femmes. Et la cognation, parenté naturelle, a pour base, nous l'avons vu, « le lien du sang, le rapport matériel qui résulte du fait de l'accouchement et de de la naissance. Or, ce fait et ce rapport sont exactement les mêmes, que la naissance soit légitime ou illégitime, que l'enfant soit le fruit du mariage, du concubinage ou de l'adultère. Tous les enfants, même légitimes, ne sont, dans les rapports avec leur mère, que des enfants naturels» (1).

De ce que les enfants naturels sont les cognats de leur mère, résultent les conséquences suivantes :

I. Les enfants naturels ont le droit d'exiger des aliments de leur mère : « *Ergo et matrem cogemus, præsertim vulgo quæsitos liberos alere : nec non ipsos eam* » (2). A cette dette alimentaire, s'ajoute même celle de pourvoir à l'éducation de l'enfant : « *Non tantum alimenta, verumetiam cætera quoque onera...* » (3).

II. Les enfants naturels doivent à leur mère les *obsequia pietatis*, la *reverentia* : « *Et inter collibertos, matrem et filium pietatis ratio secundum naturam salva esse debet* » (4).

« *Et si vulgo quæsitus sit filius, matrem in jus non vocabit* » (5).

III. La mère pouvait donner un tuteur à ses fils naturels, sauf

(1) Gide, *op. cit.*, p. 579.
(2) Loi 5, § 4, Dig., *De agnosc. et alendis lib.*, liv. XXV, titre 3.
(3) Loi 5, § 12, Dig., *eod. tit.*
(4) Loi 1, § 1, Dig. *De obseq.*, liv. XXXVII, titre 15.
(5) Loi 4 § 3, Dig., *De in jus vocando*, liv. II, titre 4.

confirmation par le magistrat après enquête, il est vrai. Elle peut également lui donner un curateur qui sera aussi confirmé par le magistrat, toujours après enquête : « *Mulier liberis non recte testamento tutorem dat : sed si dederit, decreto prætoris vel proconsulis, ex inquisitione confirmabitur : nec satisdabit pupillo rem salvam fore.* » C'est Nerantius qui nous dit cela et il ajoute : « *Sed etsi curator a matre testamento datus sit filiis ejus, decreto confirmabitur ex inquisitione* » (1).

IV. Les enfants naturels assurent à la mère le *jus liberorum*.

Pour les femmes, le *jus liberorum* avait aussi d'importantes conséquences ; toutefois, nous devons remarquer que le nombre d'enfants exigé variait suivant la condition de la femme et suivant les différents avantages qu'il s'agissait d'obtenir (2). D'après la loi Papia, les femmes ingénues étaient libérées de toute tutelle lorsqu'elles avaient mis au monde trois enfants ; les affranchies étaient, par ce même nombre d'enfants, soustraites à la tutelle atilienne et à la tutelle fiduciaire ; mais il fallait qu'elles en eussent eu quatre pour cesser d'être soumises à la tutelle légitime (3). Il résultait de là que les femmes qui avaient eu le nombre d'enfants voulu pouvaient tester sans avoir recours à l'*auctoritas* d'un tuteur (4). Aux termes encore de la loi Papia, la patronne ingénue qui avait deux enfants, et la patronne affranchie qui en avait trois ou un plus grand nombre, jouissaient à peu près, relativement aux biens de leur affranchie, de tous les droits de succession accordés au patron par l'édit du préteur ; et quand la patronne ingénue avait trois enfants, elle avait exactement les mêmes droits que le patron (5). Or l'édit du préteur voulait que l'affranchi, s'il faisait un testament, laissât la moitié de ses biens à son patron. S'il mourait intestat, ayant pour *heres suus* un enfant adoptif, le patron obtenait encore contre cet héritier la *bonorum possessio* pour moitié (6). La fille de la patronne tenait de la loi Papia les mêmes droits que sa mère, pourvu que celle-ci ait eu le nombre d'enfants exigé et qu'elle-même en ait eu au moins un (7).

(1) Loi 2, pr. et § 1 Dig., *De conf. tut. vel. cur.*, liv. XXVI, titre 3.
(2) Sur tout ce qui suit, voir Pilette, *op. cit.*, p. 14.
(3) Gaius ch. I, § 194.
(4) *Ibid.*, III, § 44.
(5) *Ibid.*, § 50 et 52.
(6) *Inst. Just.* liv. III, tit., 7, § 1.
(7) Gaius, ch. III, § 53.

Enfin le sénatus-consulte Tertullien appelait à la succession *ab intestat* de leurs enfants les ingénues qui en avait eu trois; il fallait qu'une affranchie en eût eu quatre pour pouvoir leur succéder (1).

Les enfants naturels comme les enfants légitimes comptent à l'actif de la mère pour lui faire obtenir le *jus liberorum*. Les textes que nous avons cités plus haut ne semblent faire aucune distinction entre ces enfants et paraissent les compter tous au même rang. Ensuite nous pouvons tirer un argument d'analogie du texte suivant : « *Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti* » (2).

V. Les enfants naturels procuraient à la mère le *jus capiendi ex testamento.*

M. Accarias prétend que les conditions du célibat et de l'orbité étaient identiques pour les deux sexes (3). Dans ce cas, il faudrait considérer comme *orba* la femme qui, actuellement engagée dans les justes noces, n'aurait pas au moins un enfant légitime (4). Mais cette opinion, qui ne s'appuie sur aucun texte. nous paraît absolument contraire à l'esprit de la législation romaine. Légitime ou naturelle, c'est la fécondité qui est récompensée chez la femme ; pour toutes les prérogatives qui lui sont accordées, soit par les lois caducaires, soit par la législation postérieure, on ne s'attache qu'au fait physique de la maternité. Or, ce fait est le même pour les enfants naturels et pour les enfants légitimes. Les uns comme les autres assurent donc à la mère le *jus capiendi ex testamento.*

Mais cette première difficulté écartée, une controverse plus sérieuse reste à résoudre : il s'agit de savoir s'il suffit que la femme ait un enfant pour n'être pas *orba,* ou bien si elle doit avoir le nombre d'enfants indiqué pour obtenir le *jus liberorum*, c'est-à-dire trois enfants si elle est ingénue, quatre si elle est affranchie. Ortolan professe cette dernière opinion (5). Quant à nous, nous croyons qu'un seul enfant légitime ou non suffirait pour que la femme fût à l'abri des peines de l'*orbitas ;* et nous

(1) Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. 9, § 1, 7 et 9.
(2) *Inst. Just.*, liv. III, titre 3, § 7.
(3) Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1007 et note 3.
(4) *Ibid.*, p. 1005.
(5) Ortolan, *op. cit.*, t. II, n° 719 *bis.*

basons notre opinion sur ce qu'on ne peut invoquer en sens contraire qu'un texte de Justinien emprunté au sénatus-consulte Tertullien qui est postérieur à notre époque, et en outre sur ce que nous pouvons produire un texte de Papinien qui semble bien résoudre la difficulté dans notre sens (1). Dans ce fragment, il est question d'une concubine n'ayant qu'une fille *vulgo quæsita,* et qui est néanmoins déclarée capable de *capere ex testamento,* l'allégation d'un *stuprum*, qui l'eût rendue indigne de recevoir, ayant été écartée. C'est donc qu'un seul enfant, même *vulgo quæsitus,* suffit pour procurer à sa mère, de même qu'un seul enfant légitime le procurerait à son père, le *jus capiendi ex testamento* (2).

VI. Quant au *jus caduca vindicandi* que l'on appelle *jus patrum*, les interprètes paraissent d'accord pour refuser ce droit aux femmes, quel que soit le nombre d'enfants qu'elles puissent avoir (3). Nous sommes assez disposé à adopter cette opinion, car tous les textes relatifs à ce droit ne parlent jamais que des *patres*, *jus patrum.* « Du reste, ainsi que le dit M. Pilette, il n'est pas très choquant de voir les femmes maintenues dans un état d'infériorité relative, elles qui, à l'époque de la rédaction des lois caducaires, se trouvaient encore soumises aux restrictions de la loi Voconia » (4). Mais nous devons faire remarquer que, d'après un texte de Dion Cassius, il semble bien probable que les femmes elles-mêmes pouvaient obtenir du prince le droit de recueillir les *præmia patrum.*

VII. Les enfants naturels sont appelés, comme les enfants légitimes, à la succession *ab intestat* de leur mère, et réciproquement la mère est appelée à la succession de ses enfants.

La loi des Douze Tables n'appelait à succéder que les *heredes sui,* les agnats et les gentiles. Les enfants ne pouvaient donc succéder à la mère, car ils n'étaient ni ses héritiers siens puisqu'elle n'avait sur eux aucune puissance paternelle, ni ses agnats puisqu'elle n'était pas dans leur famille, sauf quand elle était entrée *in manu mariti*: « *Non admittuntur cognati, qui per feminini sexus personas necessitudine junguntur ; adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque*

(1) Loi 16, § 1. Dig., *De his quæ ut ind.*, liv. XXXIV, titre 9.
(2) Pilette, *op. cit.*, p. 28.
(3) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 1011.
(4) Pilette, *op. cit.*, p. 30.

hereditatis capiendæ jus competat, præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint » (1).

Mais le préteur intervient par son édit pour corriger cette iniquité du droit (2), il reconnut trois ordres d'héritiers *ab intestat :* l'ordre des *liberi,* celui des *legitimi* et celui des *cognati ;* dans ce dernier entrèrent toutes les personnes du même sang. Les enfants issus *ex concubinatu* trouvèrent naturellement place dans cet ordre, et purent, par la *bonorum possessio unde cognati,* arriver à la succession de leur mère. Mais remarquons que les enfants n'arrivaient qu'au troisième rang. Le sénatus-consulte Tertullien et le sénatus-consulte Orphitien vinrent modifier ces principes. Le premier appelait la mère à la succession de ses enfants, le second appela les enfants à la succession de leur mère. Ni dans un cas ni dans l'autre, on ne distinguait entre les enfants nés de *justæ nuptiæ* et les enfants nés *ex concubinatu* ou de toute autre union irrégulière. « *Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti* (3). *Novissime sciendum est, etiam illos liberos qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti* » (4).

Ainsi dans leurs rapports avec leur mère, les enfants nés *ex concubinatu* ont tous les droits et ne diffèrent en rien des enfants légitimes. C'est que, vis-à-vis de la mère, tous les enfants sont des enfants naturels, la maternité naturelle est seule reconnue par la loi. Impuissante à faire entrer dans la famille civile et à créer la parenté civile, la maternité, quelle qu'en soit la source, donne naissance dans tous les cas à un rapport de cognation. Légitime ou naturel, l'enfant est le cognat de sa mère.

Il en résulte que l'enfant né *ex concubinatu* aura pour cognats tous les parents maternels : n'ayant pas de père certain, il prendra le nom de sa mère, il en suivra la condition, mais il aura une famille, celle de sa mère : il n'y jouira pas des avantages réservés à la parenté civile, mais il ne sera pas non plus

(1) Gaius, ch. III, § 24.
(2) *Ibid.*, § 25.
(3) Just. *Inst.*, liv. III, titre 3, § 7. *De senatusconsulto Tertulliano.*
(4) Just., *Inst.*, liv. III, titre 4, § 3. *De senatusconsulto Orphitiano.*

soumis à la puissance de l'ascendant maternel, il sera *sui juris*. Il sera simple cognat, mais de tous les parents maternels, et, en cette qualité, il aura place au foyer, il participera au culte des ancêtres dont il porte le nom, il jouira de tous les avantages attachés à la parenté naturelle, et, près du *paterfamilias* de sa mère, il pourra revendiquer toutes les prérogatives qui dérivent de la qualité de cognat (1).

Sous Justinien seulement, sa condition change à l'égard de sa mère : « L'ancienne jurisprudence ne voyait dans la filiation maternelle qu'un simple rapport de fait ; tous les enfants, naturels ou légitimes, succédaient à leur mère au même titre et sans distinction. Justinien abroge cette loi comme injurieuse pour la mère. Il n'appelle à la succession de la matrone de haut rang que les enfants issus du mariage, il en exclut les bâtards. Par là, il consacre la maternité légitime et fait entrer la mère dans le cercle de la famille légale, d'où l'ancien droit l'avait exclue » (2).

Ajoutons que, si l'enfant naturel n'a qu'une famille naturelle, à l'époque classique même, il est citoyen romain. Par conséquent, bien qu'il soit complètement privé de faire partie en naissant d'une famille civile, rien ne l'empêchera de s'en créer une en se mariant, lorsqu'il aura l'âge requis. Tout le droit romain lui est applicable dans son ensemble et le titre de citoyen lui procure tous les avantages considérables qui découlent de cette seule qualité.

CHAPITRE II.

CONDITIONS DES ENFANTS NÉS « EX CONCUBINATU » AU POINT DE VUE DU DROIT PUBLIC.

« A l'origine, dit Gide, la cité romaine n'était qu'une association de familles. Il fallait être membre d'une famille pour être membre de la cité. Celui qui n'avait pas d'ancêtres n'avait pas de patrie, pas de nom, pas de dieux ; c'était une sorte de

(1) Voir Mispoulet, *op. cit.*, p. 293.
(2) Gide, *op. cit.*, p. 583.

paria dans la société romaine. Telle était probablement, dans les premiers siècles de la République, la condition de l'enfant naturel » (1).

Mais cette situation ne dura pas. Avant même la fin de la République, tout enfant naturel né ingénu ou qui est affranchi est citoyen romain ; pour s'en convaincre, il suffit d'examiner son nom qui comprend les *tria nomina* du citoyen. Et sa condition ne diffère pas de celle des autres citoyens romains. Il est possible cependant que l'enfant naturel né d'une patricienne ne fût pas regardé comme patricien (2). Mais l'enfant naturel citoyen romain a certainement, comme tous les autres, le *jus honorum* et le *jus suffragii*.

Il a le *jus honorum*. A la vérité, ce droit ne lui a pas procuré de grands avantages tant qu'il a fallu être petit-fils d'ingénu pour arriver aux magistratures ; mais quand, sous l'Empire, il a suffi d'être ingénu, nous voyons les enfants naturels ingénus jouir comme les enfants légitimes du *jus honorum*. C'est ainsi que l'accès des curies municipales, fermé aux affranchis, était ouvert aux enfants naturels: «*Spurios posse in ordinem allegi, nulla dubitatio est: sed si habeat competitorem legitime quæsitum, præferri eum oportere, divi fratres Lolliano Avito Bithyniæ præsidi rescripserunt. Cessantibus vero his, etiam spurii ad decurionatum, et re et vita honesta, recipientur : quod utique non sordi erit ordini : cum ex utilitate ejus sit, semper ordinem plenum habere* » (3), nous dit Ulpien ; et Papinien nous apprend qu'un enfant incestueux même peut être décurion : « *Spurii decuriones fiunt, et ideo fieri poterit ex incesto quoque natus, non enim impedienda est dignitas ejus, qui nihil admisit* » (4). Dans les inscriptions, nous trouvons des enfants naturels dans les légions, dans la garde prétorienne ; nous en voyons qui portent les titres de *quæstor, ædilis, prætor, duumvir, quinquennalis*.

En ce qui concerne le *jus suffragii*, M. Mommsen avait prétendu que les enfants naturels portaient la peine de l'irrégularité de leur naissance et n'avaient qu'un droit de suffrage diminué, analogue à celui des *libertini*. Comme ces derniers

(1) Gide, *op. cit.*, 580.
(2) Mispoulet, *op. cit.*, p. 299.
(3) Loi 3, § 2, Dig., *De decurionibus et filiis eorum*, liv. L, titre 2.
(4) Loi 6, pr. Dig. *eod. tit.*

ils seraient relégués dans les tribus urbaines, particulièrement dans la *Collina* (1).

Mais M. Mispoulet (2), après un examen attentif de toutes les inscriptions connues relatives à des enfants naturels, a démontré facilement l'erreur de M. Mommsen. Sur vingt et une inscriptions relevées par M. Mispoulet, il y en a sept qui placent les enfants naturels dans diverses tribus rustiques. Il y avait donc des enfants naturels dans toutes les tribus, rustiques et urbaines.

Et pour justifier la présence d'enfants naturels dans toutes les tribus, M. Mispoulet démontre que les tribus urbaines étaient assignées, en général, aux bâtards affranchis, lorsqu'ils en avaient une (3), et peut-être aussi aux enfants conçus en esclavage, mais nés libres ; au contraire, ordinairement les bâtards nés d'ingénues avaient une tribu qui était ou pouvait être une tribu rustique : c'était là l'usage qui en pratique avait prévalu, mais ce n'était pas une loi rigoureuse : une pareille loi n'existait pas d'ailleurs à cet égard, en ce qui concerne la tribu des autres classes de personnes. Et on comprendra d'autant mieux que cette loi ait subi dans la pratique certaines modifications, si l'on songe que, dans la période de l'Empire, la classification par tribus a perdu son caractère politique depuis la disparition des comices (4).

En résumé, d'après les inscriptions comme d'après les jurisconsultes, les enfants naturels n'avaient pas une situation inférieure à celle des enfants légitimes, au point de vue du droit public de l'Empire. Il n'y a qu'une hypothèse dans laquelle l'irrégularité de leur naissance avait pour conséquence de les placer dans une condition inférieure aux *liberi justi :* dans le service des aliments, la première table alimentaire de Trajan, dite table de Veleia (5), nous montre les *spurii* recevant une part plus faible que les *legitimi* (6).

---

(1) Mommsen, *Die roemischen Tribus*, p. 100, note 78.
(2) Mispoulet, *op. cit.*, p. 298 à 310.
(3) Beaucoup de *liberti*, en effet, étaient sans tribu.
(4) Mispoulet, *op. cit.*, p. 309.
(5) Voir le texte de cette table dans Giraud : *Novum Enchiridion*, p. 653.
(6) Mispoulet, *op. cit.*, p. 310.

CHAPITRE III.

DE LA LÉGITIMATION.

Nous avons vu que, dans la vie privée comme dans la vie publique, l'enfant naturel occupait bien souvent en fait dans la famille la place que lui refusait la loi. On comprend dès lors aisément qu'il dût arriver fréquemment qu'un homme, qui avait eu des enfants d'un *concubinatus*, ait voulu relever ces enfants de la honte de leur naissance et leur assurer en droit la situation qu'ils eussent eue s'ils fussent nés légitimes.

Jusqu'aux empereurs chétiens, il n'y avait aucun moyen légal particulier pour faire acquérir à l'enfant naturel la qualité d'enfant légitime. Mais le droit commun restait applicable : le père qui voulait faire, de ses enfants nés *ex concubinatu*, des enfants légitimes et acquérir sur eux la *patria potestas*, pouvait les adopter ou plutôt les adroger, car ils naissaient *sui juris*, et cette adrogation produisait tous ses effets ordinaires.

L'adrogation, qui n'avait jamais lieu qu'avec l'assentiment du peuple ou de l'empereur, fut certainement toujours possible, même quand elle concernait des enfants nés *ex concubinatu*. Mais on peut être sûr que Constantin n'accueillait pas favorablement les requêtes à fin d'adrogation, qui pouvaient rendre vaines ses mesures contre les enfants naturels (1). Anastase cependant déclara que les enfants de la concubine adrogés par leur père jouiraient de tous les droits attachés à la qualité d'enfants nés de justes noces (2). Mais Justin, posant en règle absolue que celui qui voudrait avoir une postérité légitime devrait se marier, confirma pour le passé toutes les adoptions de ce genre, mais les prohiba pour l'avenir (3).

Les empereurs chrétiens ne pouvaient évidemment pas favoriser une union qui plaçait la femme dans une humiliante infériorité vis-à-vis de l'homme qui l'avait choisie pour compagne : le mariage, qui élève la femme au rang du mari et

(1) Pilette, *op. cit.*, page 73.
(2) Loi 6, Code *De nat. lib.*, liv. V, titre 27.
(3) Loi 7, Code, *eod cit.*

donne à la mère une place dans la famille, est seul licite et approuvé dans leur législation. Tous s'efforcèrent de faire disparaître le *concubinatus* ou de convertir ces unions existantes en mariages légitimes. C'est pour cela que Constantin créa ce qu'on appelle la légitimation par mariage subséquent (an 335 après J.-C). Mais, voulant faciliter la réparation des fautes déjà commises et craignant d'en provoquer de nouvelles en mettant à la disposition de tous un moyen permanent de réparation, il ne permit cette légitimation qu'en faveur des enfants déjà nés (1).

Après lui, Théodose II et Valentinien III, sous l'influence de motifs beaucoup moins élevés, établirent un nouveau mode de légitimation par oblation à la curie : ils ne craignirent pas de l'introduire dans la législation à titre d'institution fixe et permanente, mais les charges qu'entraînait la curie et les conditions de fortune qu'elle exigeait durent rendre cette légitimation très rare et peu enviée.

En 476, Zénon renouvelant la tentative de Constantin, rétablit la légitimation par mariage subséquent, en déclarant aussi que cette légitimation ne pourrait s'appliquer qu'aux enfants déjà existants lors de la publication de la loi. Son but, comme celui de Constantin, était d'engager les personnes vivant *in concubinatu* à se hâter de contracter mariage : si elles avaient des enfants afin de les légitimer ; si elles n'en avaient pas, dans la crainte de ne pouvoir légitimer ceux qui surviendraient (2).

Quarante ans plus tard, Anastase rendit la légitimation par mariage subséquent applicable aux enfants nés ou à naître (*progenitos seu procreandos*) en même temps qu'il exprimait l'intention où il était de consacrer l'adrogation des enfants naturels quand le père, qui s'adresserait à lui, n'aurait pas d'enfants légitimes (3).

Mais, deux ans après, Justin supprima la légitimation par mariage parce que, dit-il, le mariage légitime doit seul donner aux citoyens le titre de père ; qu'il est indigne et impie de demander à des unions honteuses un titre aussi respectable ; ne devant être accordé exclusivement par la loi qu'aux gens vertueux qui le méritent (4). C'est par le même motif qu'il inter-

(1) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 289.
(2) Ortolan, *op. cit.*, t. II, p. 103.
(3) Loi 6, Code, *De nat., lit.* liv. V, titre 27.
(4) Loi 7, Code, *eod., tit.*

disait au père naturel l'adoption d'un enfant né *ex concubinatu*. Il est vrai qu'il laissait subsister la légitimation par oblation à la curie.

Enfin, Justinien consacra la légitimation par mariage subséquent d'une façon permanente dans la législation : « *Nos enim*, dit-il, *duplex habuimus studium, et plurimos in libertatem perducere homines ex priore servitute, et ex naturalibus ad legitimos elevare* » (1). En même temps il maintient la légitimation par oblation à la curie et il ajoute, pour les cas où le mariage était impossible, la légitimation par rescrit du prince.

Nous n'insisterons pas sur les détails de ces trois modes de légitimation, nous savons qu'ils permettaient aux enfants naturels d'acquérir les droits des enfants légitimes, mais à des conditions spéciales, et à des degrés différents : nous rappellerons seulement que nous avons fait déjà remarquer, dans le cours de notre étude, l'importance qu'avait eue pour les enfants nés *ex concubinatu*, l'introduction définitive et permanente dans la législation de la légitimation par mariage subséquent.

Cette législation nous conduit au droit moderne, elle dura près de trois siècles et demi, jusqu'à ce que Léon VI le Philosophe, à la fin du IXe siècle, abolit le *concubinatus*.

(1) Novelle, 89, préface.

DE LA

CONCURRENCE DÉLOYALE

INTRODUCTION

1. La liberté du commerce et de l'industrie est un principe essentiel de notre droit moderne ; il est entré si avant dans nos mœurs qu'il ne saurait aujourd'hui disparaître de nos lois. Soumis pendant longtemps dans notre ancienne France à une réglementation sévère, le commerce et l'industrie, qui sont deux formes du travail de l'homme, furent complètement affranchis par la Révolution, qui proclama la liberté du travail.

L'industrie, c'est l'application de l'activité humaine à la production des objets destinés à être mis dans le commerce ; le commerce, c'est l'activité humaine employée à transmettre au consommateur, sous forme de vente, les objets que l'industrie fabrique. Ces deux manifestations de l'activité humaine se touchent de près, on le voit : le commerce et l'industrie devaient donc subir la même destinée, et devenir libres en même temps.

2. Voyons brièvement ce qu'étaient avant la Révolution le commerce et l'industrie et ce qu'ils sont devenus depuis, en nous attachant de préférence à ce qui touche l'industrie.

Des associations s'étaient formées au moyen âge entre artisans ou ouvriers exerçant le même métier ; on appelait ces associations des corporations ou confréries. A leur tête étaient des *jurés* et la réunion des jurés s'appelait *jurande*. L'association secourait et protégeait ses membres, et les jurés jugeaient les différends qui s'élevaient entre les membres de la corporation.

Le pouvoir royal intervint dans l'organisation des corporations de diverses manières. Il créa d'abord des offices de jurés qui, désormais, furent des agents du roi au lieu d'être désignés par la

corporation. Ensuite, les rois imaginèrent les *lettres de maîtrise* accordées, moyennant une taxe, à ceux qui voulaient passer maîtres dans une corporation, ce qui les soustrayait à l'observation des conditions fixées dans les statuts. Enfin le pouvoir royal réglementa minutieusement la condition des corporations.

Sous ce régime, l'ouvrier ne pouvait travailler ni comme il voulait, ni où il voulait. Les procédés de fabrication qu'il devait suivre lui étaient tracés d'avance. Puis, il n'était pas permis à un ouvrier de diriger une industrie s'il n'était pas passé par les grades, par la filière hiérarchique que lui imposaient les statuts de la corporation. L'ouvrier ne pouvait pas non plus travailler où il voulait car les règles de la corporation fixaient encore la ville où il pourrait exercer son métier.

3. Ce fut surtout sous le ministère de Colbert, que le travail industriel fut l'objet des réglementations les plus détaillées. Il pensait qu'en classant les corps de métier et en créant des types officiels de fabrication, il assurerait une meilleure confection des produits et qu'il favoriserait ainsi le développement de l'industrie. Le commerce et la fabrication en reçurent une impulsion momentanée ; mais finalement les conséquences furent désastreuses, il n'en résulta que des entraves. C'est ainsi que les fabricants de soieries de Tours, ne pouvant ramener la largeur de leurs étoffes à la dimension nouvellement fixée par les règlements durent subir la concurrence étrangère, et l'on cite ce fait que, de sept mille métiers qui étaient à Tours en 1666, il n'en restait plus que mille en 1675.

4. Le système des jurandes et des maîtrises offrait donc de graves inconvénients. Les économistes et les philosophes avaient vivement attaqué ces institutions.

En 1776, Turgot, cherchant un remède pacifique à la crise économique dont souffrait la France, supprima par des édits célèbres les jurandes et maîtrises. Le ministre de Louis XVI y proclamait la liberté du travail en des termes qui méritent d'être reproduits :

« ... Cette illusion a été portée chez quelques personnes jusqu'au point d'avancer que le droit de travailler était un droit royal que le prince pouvait vendre et que les sujets devaient acheter. Nous nous hâtons de rejeter une pareille maxime. Dieu, en donnant à l'homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler la propriété de tout homme ; et cette propriété est la première, la plus sacrée et la

plus imprescriptible de toutes. Nous regardons comme un des premiers devoirs de notre justice et comme un des actes les plus dignes de notre bienfaisance d'affranchir nos sujets de toutes les atteintes portées à ce droit inaliénable de l'humanité. » (1).

Malheureusement Turgot tomba et c'en fût fait des réformes qu'il avait tentées. Peu après la chute de Turgot, Louis XVI créa de nouveau six corps de marchands et quarante-quatre communautés d'arts et métiers à Paris, et d'autres édits, en 1777, rétablirent en province le système des corporations (2). Bien que cette organisation nouvelle des corporations apportât sur certains points quelques améliorations, elle n'en était pas moins un retour aux institutions anciennes. Il fallut la Révolution pour les détruire entièrement.

De l'œuvre de Turgot, il était cependant resté quelque chose : les letres patentes du 5 mai 1779 avaient permis aux fabricants d'étoffes de travailler à leurs gré ou d'après les règlements, mais les produits devaient porter une marque distinctive permettant aux acheteurs de choisir entre les produits de l'industrie libre et les autres.

5. Ce fut le décret du 2-17 mars 1791 qui, le premier, proclama la liberté de l'industrie. Il portait suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes. Ce fut l'origine et la base de notre législation industrielle actuelle.

Cette loi fut obligatoire à partir du 1er avril 1791. En voici la disposition principale :

« A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits. » (Art. 7, § 1er.)

(1) Recueil général des anciennes lois françaises, par MM. Jourdan, Decrusy et Isambert, t. XXIII, p. 374 : Edit portant suppression des jurandes et communautés de commerce, arts et métiers, février 1776.

(2) *Ibid.*, t. XXIV, p. 336 : Édit portant règlement pour les communautés d'arts et métiers de la ville de Lyon, janvier 1777, — et p. 393 : Édit portant suppression des communautés d'arts et métiers ci-devant établies dans les villes du ressort du Parlement de Paris, et création de nouvelles communautés dans celles desdites villes dont l'état arrêté au conseil est annexé au présent édit, avril 1777.

Le principe posé est donc celui de la liberté de l'industrie. Deux restrictions seulement y sont apportées : la première est l'observation des règlements de police, la seconde le paiement d'une taxe appelée *patente*. Cette liberté fut confirmée ensuite et garantie par les constitutions des 3-14 septembre 1791 et 24 juin 1793.

Ce principe de liberté est celui qui domine actuellement notre législation industrielle. Il n'y a plus aujourd'hui de réglementation officielle des professions et du travail ; il n'existe plus d'entrave, pour l'exercice de telle ou telle industrie que l'on a choisie. Toutes les industries sont libres en principe, et le nombre de ceux qui peuvent entreprendre une même industrie n'est pas limité. Celui qui crée une nouvelle branche d'industrie ne peut pas s'opposer à ce que d'autres viennent l'exploiter après lui ; et, si nombreuse que soit une classe d'industriels, ce n'est pas une raison d'empêcher que d'autres encore ne leur fassent concurrence. Sous prétexte de protéger quelques industriels, on ne veut pas porter atteinte au droit qui appartient à tous de suivre la même voie (1).

6. Il n'y a pas non plus aujourd'hui de types officiels de fabrication. Ce n'est pas l'État qui doit apprécier si les produits fabriqués sont ou non de bonne qualité, c'est à l'acheteur, c'est au public qu'il appartient de s'en rendre compte. L'État n'a pas mission de protéger les consommateurs et de leur garantir la bonne fabrication. Il laisse la concurrence libre. Les acheteurs choisiront, et feront eux-mêmes la réputation de l'industriel qui se sera distingué de ses concurrents par la supériorité de ses produits.

(1) Le principe de la liberté de la concurrence a été appliqué, il y a quelques années par la jurisprudence dans une hypothèse intéressante. Elle a décidé qu'une compagnie de chemin de fer (dans l'espèce la compagnie Paris-Lyon-Méditerranée) pouvait construire un hôtel dans une gare, l'exploiter, et y recevoir même des personnes non munies de billets de voyage, l'hôtel était ici une dépendance du service du chemin de fer ; les hôteliers de la ville ne peuvent s'y opposer, à moins toutefois que la compagnie n'ait eu recours à des moyens déloyaux pour attirer les voyageurs dans son hôtel (Aix, 15 février 1882. S. 1882, 2, 169 ; Pat., 1882, 32). M. Lyon-Caen, dans une note qui accompagne cet arrêt dans le recueil de Sirey, montre que la solution peut être étendue encore. L'arrêt ci-dessus admet le droit pour la compagnie de tenir un hôtel, en rattachant ce droit à l'exploitation même du chemin de fer. Le savant professeur pose en règle que, aucun texte de loi n'apportant expressément de dérogation au grand principe de la liberté de l'industrie en ce qui concerne les compagnies de chemin de fer, elles peuvent se livrer à un commerce ou à une industrie même ne se rattachant pas essentiellement à la construction et à l'exploitation des lignes qui leur ont été concédées.

Ce principe de la libre concurrence est-il un bien ? Il est incontestable que le système des jurandes et maîtrises constituait un régime de privilège et d'oppression incompatible avec les principes de liberté qui prévalent aujourd'hui, et on s'accorde à reconnaître que les conséquences de ces institutions ont été désastreuses. Mais on a contesté que le régime de la libre concurrence soit un bien. Elle a eu surtout des socialistes pour adversaires, Fourrier, Considérant, Louis Blanc. On a dit que le principe de la libre concurrence était le principe du libre mensonge, de la licence industrielle. C'est le gros commerçant, dit-on, qui écrase le petit, et celui-ci est impuissant à se défendre. Considérant affirme qu'opposer la liberté de l'industrie au monopole, c'est opposer un mal à un autre mal, et il ajoute que la maxime : *Laissez faire, laissez passer*, équivaut à ceci : « Laissez passer le vol, l'agiotage, la banqueroute, laissez piller, laissez détruire, laissez ruiner, laissez spolier le corps social tout entier ; laissez falsifier les produits, laissez le désordre et la guerre dans toutes nos relations industrielles et commerciales » (1).

Il peut y avoir au fond quelque chose de vrai dans ces récriminations. Mais y a-t-il une raison suffisante pour condamner le principe de liberté ? Nous ne le pensons pas. Certes, il peut arriver souvent que le plus fort écrase le plus faible. C'est une loi de la nature. Mais le plus fort n'aura-t-il pas été le plus habile, le plus travailleur, le plus économe. Il y aurait injustice à lui refuser le prix de ses efforts. Il existera toujours entre les hommes une inégalité que les systèmes utopiques ne

Ce point est pourtant contesté. Mais d'après M. Lyon-Caen, les restrictions au principe ne peuvent résulter que de deux causes : les premières tiennent à ce que des lois ou les décrets de concession contiennent à cet égard des clauses restrictives ; les secondes tiennent à ce que les sociétés de chemin de fer sont des société anonymes. Jusqu'à la loi du 24 juillet 1867, une société anonyme ne pouvait pas modifier son objet ni entreprendre, sans une autorisation spéciale, des opérations d'une nature nouvelle, car, en vertu de l'article 37 du Code de commerce, une société anonyme devait être munie de l'autorisation du gouvernement et ses statuts devaient être approuvés. Mais ces obligations ayant été supprimées par la loi de 1867 (art. 21, 1er al.), cette restriction à la liberté industrielle ne subsiste aujourd'hui que pour celles des compagnies de chemin de fer constituées avant la loi du 24 juillet 1867. Telles sont les restrictions qui expliquent des décisions contraires à celles que nous avons rapportées, notamment un arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1865 qui décide que les compagnies de chemin de fer ne peuvent se livrer au commerce de charbons de terre en concurrence à des négociants exerçant le même commerce (S. 1865, 1, 411).

(1) Considérant, *Destinée sociale*, t. I, p. 61.

peuvent faire disparaître. C'est un mal nécessaire, comme on l'a dit souvent.

Mais, à notre avis, le régime de liberté inauguré par la Révolution française doit être regardé comme un bien. Le commerce a été débarrassé des entraves qui le gênaient et l'industrie a pu en recevoir un développement considérable. Il en est résulté un accroissement de production et par suite la fortune publique s'est trouvée augmentée en même temps que le bien-être de chacun. Ce sont là les bienfaits de la concurrence. Le fabricant, le producteur d'une façon plus générale, doit mettre en œuvre toute son intelligence, toute son autorité, s'il ne veut voir les résultats qu'il obtient dépassés par un concurrent plus intelligent ou plus actif; ses efforts doivent tendre à fabriquer à meilleur marché ou à améliorer la qualité de ses produits. Avec le système de restrictions de l'ancienne France, rien ne sollicitait et ne motivait ce surcroît d'activité. Tout le monde pourtant y trouve son avantage : le consommateur, qui est attiré par la réduction du prix et la meilleure qualité des objets ; le commerçant, pour lequel l'augmentation de clientèle est une source nouvelle de profits et d'enrichissement.

Rien n'est donc plus légitime et plus utile à tous que la liberté de la concurrence, mais il faut ajouter que ce principe de la libre concurrence est tempéré par certaines restrictions, comme nous allons l'indiquer. De plus, si l'on objecte que la libre concurrence peut être une source de fraudes, de mensonges et d'agissements déloyaux, nous répondrons que le principe de la libre concurrence n'a nullement pour effet d'assurer l'impunité à ces actes. D'abord il peut se faire qu'ils tombent sous le coup de la loi pénale si elle les a prévus expressément ; de plus, les règles sur la concurrence déloyale qui font l'objet de cette thèse, apportent précisément un correctif au principe de la libre concurrence.

Voilà donc aujourd'hui les principes : liberté de l'industrie et du commerce, et libre concurrence.

7. Mais quelques restrictions, avons-nous dit, sont apportées à cette liberté. On peut ramener à cinq les causes sur lesquelles elles sont basées : intérêt supérieur de l'État, ordre public, nécessité de protection, idée d'équité et effet des conventions.

1° Les restrictions à la liberté de l'industrie fondées sur l'intérêt supérieur de l'État sont les monopoles qui existent au profit de l'État et dont quelques-uns ont pour raison d'être principale

de rendre plus facile la perception de l'impôt. Ainsi l'État s'est réservé le droit exclusif de fabriquer et de vendre certains produits comme les tabacs, les poudres de guerre, de chasse et de mine, les allumettes ; il s'est réservé aussi la frappe des monnaies, le transport des lettres et la transmission des dépêches télégraphiques. Les monopoles sont toujours constitués par des lois, car le principe, c'est la liberté industrielle et commerciale.

2° Des raisons d'ordre public peuvent aussi restreindre la liberté de l'industrie dans certains cas, si par exemple l'industrie portait atteinte aux bonnes mœurs ou pouvait compromettre la sécurité générale. Les lois pénales et les règlements de police limitent donc la liberté de l'industrie. De plus, on a jugé bon de réglementer certaines professions et de soumettre leur exercice à des conditions spéciales (1), dans l'intérêt de la santé publique, comme les professions de médecin et de pharmacien, ou dans un intérêt général, comme les professions d'avocat, d'avoué, de notaire, d'agent de change, etc. Enfin, pour certaines entreprises, il faut une autorisation préalable, comme pour les sociétés anonymes d'assurances sur la vie, pour les tontines, pour les mines.

3° La loi considère comme nécessaire de protéger dans certains cas les industriels contre des entreprises ou des usurpations qui leur porteraient une atteinte trop grave. Par là, la loi restreint la liberté de l'industrie au profit de quelques-uns, mais rien n'est plus juste, parce qu'il convient de protéger certaines situations ou certains droits antérieurement et légitimement acquis. Diverses lois ont donc successivement érigé en délits des faits graves qui, s'ils avaient été soufferts, auraient vraiment fait de la libre concurrence une source de fraudes et d'injustices.

Ces dispositions législatives sont : le Code pénal qui, dans les articles 413 à 429, prévoit divers délits, sous le titre de *violation des règlements relatifs aux manufactures, au commerce et aux arts ;* la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, qui punit la contrefaçon des inventions brevetées ; la loi du 18 mars 1806

(1) Parmi les mesures d'ordre que la loi a prises, on peut citer les marques de fabrique obligatoires, par exemple pour le commerce des eaux minérales artificielles, pour la fabrication des armes, pour celle des objets d'or et d'argent, d'autres marques n'ont été rendues obligatoires que dans un intérêt fiscal, par exemple pour les cartes à jouer et pour les fils et tissus (Mayer, n° 124).

relative aux dessins et modèles de fabrique (1) ; la loi du 28 juillet 1824, qui punit les usurpations de noms ; celles du 23 juin 1857 et du 26 novembre 1873, qui prononcent des peines contre la contrefaçon ou l'imitation des marques de fabrique ou de commerce, et enfin la loi du 30 avril 1886, qui punit l'usurpation des médailles et récompenses industrielles.

4° Enfin, soit pour des motifs d'équité, soit par respect pour les conventions, les principes généraux du droit autorisent à poursuivre civilement les industriels qui ont accompli au préjudice de concurrents des actes illicites que l'on appelle actes de concurrence déloyale ; le but de ces poursuites est de faire cesser la concurrence déloyale ou d'obtenir réparation s'il y a lieu. Ce sont les actes de concurrence déloyale dont l'étude fera l'objet de cette thèse.

***

Plan de la thèse.

Nous allons d'abord étudier la théorie générale de la concurrence déloyale, indiquer sur quels principes elle s'appuie et examiner quels sont les caractères qu'elle doit présenter pour donner lieu à une action. Cette étude formera l'objet du premier chapitre.

Puis dans les trois chapitres suivants, subdivisés en sections et paragraphes, nous verrons en détail quels sont les faits les plus fréquents de concurrence déloyale.

Nous parlerons de la compétence et de la procédure dans un cinquième chapitre ; et enfin dans le dernier chapitre nous examinerons quels sont, en cette matière, les droits des étrangers.

(1) La loi du 18 mars 1806 portait *établissement d'un conseil de prud'hommes à Lyon*, et en même temps organisait la propriété des dessins destinés à l'industrie lyonnaise. Primitivement, cette loi ne s'appliquait qu'à la ville de Lyon et qu'aux seuls dessins reproduits par le tissage ; l'ordonnance du 17 août 1825 en étendit l'application à toute la France et à tous les dessins destinés à l'industrie.

CHAPITRE I

Théorie de la concurrence déloyale.

8. La concurrence est libre, avons-nous dit, mais elle doit être loyale. Il n'y a pas à le démontrer. La loyauté doit être le guide de tous les actes de la vie et dominer toutes les relations des hommes entre eux. Mais il semble qu'en matière commerciale elle doive être observée plus strictement encore et qu'elle s'y impose d'une façon plus étroite et plus impérieuse qu'en toute autre circonstance. Comme on l'a fort bien dit : « Sans loyauté les relations commerciales perdent leur moralité, et sans moralité, les éléments essentiels du commerce cessent eux-mêmes d'exister » (1). En sorte que la loyauté est une règle essentielle dans les rapports commerciaux et qu'il ne peut y avoir de concurrence qu'à la condition qu'elle soit loyale. Si elle ne l'était pas, la concurrence, c'est-à-dire la lutte, serait impossible ; il faut que chacun puisse user des moyens que lui fournissent son intelligence, ses talents, sa situation particulière, sans avoir à craindre que ces avantages lui soient injustement ravis par un rival.

9. Les faits à raison desquels la concurrence peut être considérée comme déloyale sont nombreux et variés. On peut définir les faits de concurrence déloyale ceux à l'aide desquels un industriel cherche à attirer frauduleusement la clientèle d'autrui (2).

La concurrence déloyale, le mot lui-même l'indique, dit M. Pouillet, est celle qui emploie des moyens détournés, frauduleux, des menées que la droiture et l'honnêteté réprouvent ; ses armes sont innombrables, souvent ingénieuses, toujours perfides ; sa forme est parfois presque insaisissable et c'est même là, pour de certains commerçants qu'est l'habileté. On l'a dit avec raison : « La concurrence déloyale est un véritable Protée. » (3)

10. Nous avons vu que diverses lois ont érigé en délits certains faits qui tendent à attirer frauduleusement la clientèle d'autrui.

(1) Ch. Million, *De la loyauté commerciale* (*Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1859, t. XV, p. 51).

(2) Cette définition ressort d'un passage du *Précis de droit commercial* de MM. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3343, p. 1038.

(3) Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*. Introduction, p. 8.

Ces dispositions législatives ont pour but de protéger d'une façon efficace les inventions brevetées, les dessins et modèles de fabrique, les marques de fabrique, les médailles et récompenses industrielles. En prononçant des sanctions pénales, qui laissent place d'ailleurs aussi à des dommages-intérêts ou réparations civiles, la loi a fait, des droits ainsi protégés, des monopoles au profit des particuliers, monopoles parfaitement justifiés par la nécessité d'une protection dont la pratique avait de jour en jour plus impérieusement démontré la nécessité. Lorsqu'une atteinte est portée aux droits privatifs reconnus en ces diverses matières, il y a donc un véritable délit classé dans la législation pénale et donnant lieu à une action publique et à une action privée. Les faits que ces lois ont pour but de réprimer peuvent rentrer dans la concurrence déloyale envisagée *lato sensu;* observons toutefois que la concurrence n'est pas seulement alors déloyale, mais qu'elle est aussi illégale ou délictueuse.

Mais ce ne sont pas là les faits de concurrence déloyale dont nous voulons parler. Ils restent en dehors de la théorie de la concurrence déloyale telle que nous avons à l'étudier et constituent ce que l'on appelle les délits de contrefaçon. La concurrence déloyale dont nous entreprenons d'exposer la théorie s'entend des faits qu'aucune loi n'a définis, qu'aucune loi n'a réprimés, mais qui cependant peuvent motiver des poursuites fondées, en vertu des principes généraux du droit, soit sur une idée d'équité, soit sur les conventions intervenues entre les parties. Nous verrons qu'il est intéressant, spécialement au point de vue de la compétence, de distinguer les uns des autres les faits de contrefaçon et les faits de concurrence déloyale proprement dite.

On comprend que le champ d'application de la théorie de la concurrence déloyale, telle que nous l'entendons, c'est-à-dire restreinte aux faits non définis, ait dû se trouver diminué chaque fois que des lois nouvelles sont venues ériger en droits privatifs des facultés ou des avantages qui jusqu'alors n'auraient pas été protégés à ce titre.

Prenons pour exemple la loi du 30 avril 1886 sur l'usurpation des médailles et récompenses industrielles. Avant cette loi, l'usurpation ou la fausse application d'une récompense était seulement considérée comme une manœuvre déloyale, mais non comme une atteinte portée à un droit privatif. Ces faits étaient

donc considérés comme des actes de concurrence déloyale entre commerçants donnant lieu, au profit de ceux à qui ils préjudiciaient (1), à une action qui tendait à la suppression des titres indûment portés et à une condamnation à des dommages-intérêts (2). Aujourd'hui les mêmes faits sont des délits correctionnels, entraînant en même temps le droit à une réparation civile, mais ils ne rentrent plus dans les actes de concurrence déloyale *stricto sensu* que nous devons étudier.

Mais il faut remarquer que même lorsqu'il s'agit de droits visés et protégés par des lois spéciales, il y a place pour l'action en concurrence déloyale lorsque les conditions particulières exigées par ces lois pour bénéficier des moyens de protection qu'elles édictent ne se trouvent pas réunies. Il en est ainsi pour les marques de fabrique qui n'ont pas été déposées ou dont le dépôt n'a pas été renouvelé dans le délai légal ; à défaut de dépôt, l'atteinte portée à la marque ne peut constituer qu'un acte de concurrence déloyale.

Nous devons faire remarquer ici qu'une proposition de loi sur *les marques, le nom commercial, la raison de commerce et le lieu de provenance*, due à l'initiative de M. Bozérian, et actuellement soumis au Sénat (3), apporte une modification profonde à la situation actuelle, en ce qu'elle supprime le recours au bénéfice de l'article 1382 accordé aujourd'hui au propriétaire d'une marque non déposée pour la défendre contre une atteinte dont elle a été l'objet. D'après cette proposition *aucune* action ne peut être exercée contre les atteintes portées à la propriété d'une marque qui n'est pas déposée. Cela ne veut pas dire que le dépôt deviendra attributif de propriété. Nous demeurerons toujours dans le système

(1) L'action était donnée d'abord incontestablement à ceux des concurrents qui avaient réellement obtenu des médailles. Nous pensons qu'elle devait appartenir aux autres concurrents eux-mêmes, pour lesquels la supériorité injustement usurpée par un rival était une cause de préjudice évident (Pataille, 1865, 437 ; note dans Sirey, 1865, 2, 129 ; Pouillet, n° 527, p. 512).

(2) Usurpation de médailles : Bordeaux, 20 décembre 1853, Pat. 1855, 1 ; Lyon, 4 mai 1854, Pat., 1865, 436 ; Rej. 4 mai 1868, Pat., 1868, 190 ; Trib. comm. Seine, 1er mars 1867, Teulet, 16, 337 ; Paris, 19 janvier 1874, Pat., 1874, 384 ; Toulouse, 25 mars 1885, Pat., 1886, 24.

Fausse application de médailles : Paris, 11 novembre 1859, Pat., 1860, 21 ; Pau, 23 février 1863, Teulet, 13, 191 ; Trib. comm. Seine, 18 décembre 1860, Pat., 1861, 117. — Voir cependant : Paris, 7 février 1878, Pat., 1878, 255.

(3) Voir le très-intéressant rapport de M. Dietz-Monnin sur cette proposition : Séance du Sénat du 16 décembre 1887, *Annexe* n° 101.

du dépôt déclaratif de propriété ; mais le dépôt deviendra attributif des actions organisées par la loi. Sans dépôt pas d'action.

Le système ainsi organisé est celui qui existe en Belgique et en Italie, où, comme en France, le dépôt est simplement déclaratif et non attributif de propriété. Le propriétaire d'une marque non déposée est présumé n'avoir pas l'intention de la défendre, puisqu'il ne fait pas usage du moyen simple et énergique mis à sa portée.

11. Maintenant que nous avons délimité l'objet de notre étude, voyons sur quels principes un industriel peut s'appuyer pour faire déclarer que les agissements de son concurrent sont contraires à la loyauté commerciale et pour obtenir de lui une réparation.

Il peut s'appuyer tantôt sur les principes de droit commun posés dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, tantôt sur ce qu'un acte a été accompli au mépris d'une convention.

L'action en concurrence déloyale peut être fondée d'abord sur les articles 1382 et 1383. Voici le texte de ces articles :

Art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

Art. 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. »

Ces articles visent tous les faits illicites qui causent à autrui un dommage et en rendent civilement responsables ceux qui les ont accomplis. Les faits visés par l'article 1382 sont des faits *volontaires*, c'est-à-dire que l'auteur du fait a agi sciemment et dans l'intention de nuire à autrui ; ce sont des délits *(facta dolosa)*. Les faits visés par l'article 1383 sont des faits involontaires, c'est-à-dire des faits qui ont porté un préjudice à autrui, mais sans que leur auteur ait eu l'intention de nuire ; ce sont les quasi-délits *(facta culposa)*. Ces faits illicites ne se distinguent les uns les autres que par l'intention de la personne qui les a commis ; suivant que celle-ci aurait agi avec ou sans l'intention de nuire il y aura délit ou quasi-délit (1).

(1) Dans le langage du droit civil le mot *délit* désigne tout fait illicite et dommageable accompli avec l'*intention de nuire* par une personne responsable de ses actes ; — le *quasi-délit* consiste dans un fait illicite et dommageable accompli *sans intention de nuire* par une personne responsable de ses actes.

Les uns et les autres engendrent la même obligation de réparer le dommage subi par autrui.

Voilà le droit commun. Il est applicable en notre matière.

La concurrence déloyale comprend tous ces faits, variés à l'infini, qui sont commis par un commerçant *avec la volonté de nuire*, dans le but de créer frauduleusement une confusion dont il retirerait avantage au préjudice de ses concurrents en trompant l'attention du public. L'action qui appartient à l'industriel, ayant éprouvé le dommage, pour en obtenir réparation, est basée sur le principe de la responsabilité délictuelle.

La mauvaise foi de l'auteur du dommage est nécessaire pour qu'il y ait lieu contre lui, à une action en concurrence déloyale.

Mais, à côté de cette première catégorie d'hypothèses, nous devons en placer une seconde qui comprend les faits qui, tout en amenant une confusion, sont accomplis *sans intention de nuire*, c'est-à-dire de bonne foi.

Ils sont aussi illicites et la personne qui en a souffert, peut en demander la réparation.

Dès qu'il y a bonne foi, la concurrence n'est plus déloyale. Mais la bonne foi laisse subsister le fait indû et dommageable qui constitue un quasi-délit et tombe sous l'application de l'article 1383 du Code civil. Aux termes de cet article, la personne, même simplement négligente ou imprudente, est tenue de réparer et de faire cesser le dommage causé. Il suffit que l'auteur du dommage ait, même en l'absence de toute volonté de nuire, causé un préjudice à autrui pour qu'il y ait lieu à indemnité, avec cette seule différence entre le cas de délit et celui de quasi-délit que la bonne foi, dans le second cas, pourra faire atténuer au profit du défendeur le chiffre des dommages-intérêts.

Il y a donc deux catégories d'hypothèses dans lesquelles la confusion est possible entre maisons de commerce rivales ou entre leurs produits : seulement dans le premier cas elle est intentionnelle, il y a concurrence déloyale ; tandis qu'elle est involontaire dans le second, il n'y a pas concurrence déloyale.

C'est ce qu'explique fort bien M. Pataille dans les lignes suivantes : « Sans doute il n'y a plus concurrence déloyale dès l'instant qu'il y a bonne foi, et nous admettrons très bien que cette bonne foi devra profiter aux défendeurs dans l'appréciation des dommages-intérêts ; mais la bonne foi laisse subsister le fait indu et dommageable qui donne ouverture à l'action en réparation res-

sortant de l'article 1382 du Code civil. Il suffit, pour qu'il y ait lieu à l'application de cet article, qu'il y ait faute, c'est-à-dire accomplissement d'un fait que l'on n'est pas en droit de commettre. Il n'y a, selon nous, que deux moyens de repousser une pareille action : c'est d'articuler et prouver soit qu'on n'est pas l'auteur du fait reproché, soit qu'il était licite : *Non feci*, ou bien *Feci sed jure feci*. Hors de là, il n'y aura plus que des considérations qui pourront atténuer la responsabilité, mais qui ne sauraient détruire l'action. Nous n'admettons pas, en effet, qu'alors qu'au criminel même on autorise le juge à modifier la qualification du délit, le juge civil soit tellement lié par la qualification de concurrence déloyale, donnée aux faits motivant l'action, qu'il doive nécessairement l'admettre ou la rejeter suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas mauvaise foi. Non ! il reste encore à apprécier si, la bonne foi étant admise, le fait n'est pas illicite et dommageable » (1).

Nous approuvons aussi pleinement les lignes suivantes, de M. Gaston Mayer, qui rendent très exactement notre pensée :

« Les idées générales que nous venons d'indiquer permettent de concevoir une variété indéfinie de faits qui ne peuvent être considérés comme couverts par le droit de libre concurrence, et qui seront légalement qualifiés de délits ou de quasi-délits civils. L'usage les réunit sous le nom de concurrence déloyale ; mais il importe de remarquer que la mauvaise foi n'y est pas un élément essentiel, bien qu'ordinairement il s'y trouve et que les faits eux-mêmes l'impliquent le plus souvent. En effet, n'y eût-il pas intention de nuire, la responsabilité du dommage causé, l'obligation de le réparer et de le faire cesser, n'incomberaient pas moins au concurrent simplement imprudent ou négligent (art. 1383, C. civ.), dès qu'il a, même sans le savoir, excédé ses droits et porté atteinte à ceux d'autrui. Le droit commun reçoit ici, dans une matière spéciale, une application très large ; mais la théorie particulière ainsi formée sous un nom propre, ou n'a pas de fondement, ou reste régie par les principes généraux. Il suffit donc, pour que la plainte en concurrence illicite soit recevable, que l'acte dommageable ne soit pas légitime et qu'il lèse un droit. » (2).

Alors même qu'il n'y aurait pas d'intention frauduleuse,

(1) Pataille 1870, 159.

(2) Gaston Mayer, *De la concurrence déloyale et de la contrefaçon en matière de noms et marques*, n° 36.

les tribunaux doivent, s'il y a possibilité d'une confusion nuisible à un concurrent, prescrire les mesures propres à la prévenir et, s'il y a eu en même temps un préjudice causé, prononcer une condamnation à des dommages-intérêts (1).

Lorsqu'un négociant, dit un arrêt de la Cour de Paris (2), a acheté de bonne foi, annoncé et mis en vente un produit sous une dénomination appartenant à un autre négociant, il ne saurait, à raison de ce seul fait, être condamné pour concurrence déloyale, mais il n'en reste pas moins responsable des conséquences de son fait personnel et passible de dommages-intérêts, s'il y a préjudice causé.

Revenons à la théorie de la concurrence déloyale proprement dite.

Un fait, pour motiver une action en concurrence déloyale, doit être illicite, dommageable et imputable à son auteur, ayant agi avec mauvaise foi, comme nous l'avons dit précédemment.

1° Il faut qu'il soit illicite, c'est-à-dire qu'il y ait eu atteinte portée à un droit appartenant à autrui. Il n'y a pas fait illicite et par suite pas de concurrence déloyale quand l'auteur de ce fait, en l'accomplissant, a rempli une obligation légale ou exercé un droit : « *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* », disait la loi romaine (3).

2° Il faut que le fait soit dommageable, c'est-à-dire qu'il soit la source d'un préjudice pour celui qui prétend réclamer des dommages intérêts. En notre matière, le préjudice consiste, on le sait, en ce qu'un industriel ou un commerçant attire à lui par ses agissements la clientèle d'un concurrent. Mais faut-il qu'il y ait un dommage considérable ? Cela n'est point nécessaire. La concurrence déloyale peut donner lieu à une action même si elle est peu dommageable, par exemple à raison du peu d'importance du commerce de celui qui en est l'auteur ; il en résultera seulement que les dommages-intérêts alloués seront moins élevés.

3° Il faut que le fait soit imputable à son auteur, c'est-à-dire qu'il puisse être considéré comme résultant d'une libre détermination de sa part.

Mais les industriels et commerçants sont responsables des faits

(1) Pouillet, n° 678 ; Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Concurrence déloyale*, n° 6.
(2) C. Paris, 15 février 1873, Pataille 1873, 387. Dans le même sens : Trib. comm. Marseille, confirmé par Cour d'Aix, 12 mars 1870, Pat. 1873, p. 205.
(3) Loi 55, Dig., *De reg. jur.*, Liv. L, tit. 17.

de concurrence déloyale commis par leurs employés ou préposés, encore qu'ils n'aient pas approuvé ou inspiré leurs agissements et même s'ils les ont ignorés. Les commettants sont responsables, dit un arrêt de la Cour de Bordeaux du 11 janvier 1881 (Pataille, 1881, 315), du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles il les ont employés, bien que ceux-ci aient agi de leur propre mouvement, sans ordres, ni instructions ; il suffit que l'acte ait été commis par les préposés à l'occasion des fonctions auxquelles ils sont employés.

La disposition de l'article 1384 du Code civil, qui exonère les pères, mères ou instituteurs et artisans, de la responsabilité des faits de leurs enfants mineurs, élèves ou apprentis, s'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher ces faits, ne doit pas être étendue aux maîtres et commettants, relativement aux faits de leurs employés et préposés (C. Dijon, 23 avril 1869. S. 69, 2, 148. — Cass., 30 août 1860, S. 1860, 1, 1013),

Tels sont les caractères qu'un fait doit réunir pour constituer un acte de concurrence déloyale. C'est l'application du droit commun en matière de délits civils.

Les principes posés dans les articles 1382 et 1383 serviront donc dans un très grand nombre de cas, de base à l'action en concurrence déloyale, mais elle peut reposer aussi sur une faute contractuelle, sur la violation d'une clause d'un contrat.

13. La concurrence déloyale peut consister dans une faute contractuelle, lorsqu'une personne a manqué à une obligation qu'un contrat lui imposait et que ce manquement à la loi du contrat est de nature à détourner la clientèle de l'établissement d'un concurrent. Par exemple, un employé d'une maison de commerce se place dans une maison rivale contrairement à l'engagement qu'il avait pris, ou le vendeur d'un fonds de commerce fonde un nouvel établissement dans le périmètre où il s'était engagé, par le contrat de vente, à ne pas se rétablir. On comprend que, dans ces hypothèses, l'on ne puisse s'appuyer sur les articles 1382 et 1383 pour prétendre qu'il y a concurrence déloyale. Les faits dont il s'agit, tels que l'établissement d'une industrie ou d'une maison de commerce, n'ont rien d'illicite par eux-mêmes. Ils ne sont illicites qu'à raison des rapports contractuels qui unissent l'auteur de ces faits à l'industriel ou au commerçant lésé. Ce ne sont pas à vrai dire des faits illicites, ce sont des manquements à un contrat, des fautes contractuelles.

Les tribunaux se fonderont alors sur les principes qui régissent l'exécution des contrats et leur servent de sanction pour statuer sur l'action en concurrence déloyale. Ils se fonderont sur l'article 1134 aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », et sur l'article 1137 dans lequel se trouvent inscrites les règles relatives à la faute contractuelle. L'article 1137 vise spécialement la faute commise relativement à l'obligation de veiller à la conservation de la chose jusqu'à l'époque de la livraison ; mais la portée de ce texte est, en réalité, plus étendue et il doit s'entendre de toute faute consistant à ne pas exécuter ou à mal exécuter une obligation résultant d'un contrat.

14. En résumé, les faits de concurrence déloyale ne sont pas tous réprimés pour les mêmes motifs. Pour les uns, l'action est basée sur ce qu'il y a délit, pour les autres sur ce qu'il y a faute contractuelle.

Il y a intérêt, on le comprend, à savoir quelle est, dans chaque affaire, la base de l'action en concurrence déloyale. L'action repose-t-elle sur un délit, les tribunaux auront à rechercher si les diverses conditions constitutives du délit, que nous avons énumérées, se trouvent réunies. L'action repose-t-elle sur une faute contractuelle, les tribunaux auront à examiner un seul point, le défendeur a-t-il manqué aux obligations qui lui étaient imposées par son contrat? Il n'y a pas à se demander si le fait est illicite ; il ne le sera généralement pas. Il n'y a même pas à se demander si le fait est dommageable. L'action en concurrence déloyale est ouverte, alors même que le demandeur poursuivant n'aurait pas encore ressenti un dommage effectif ; il suffit que les droits qu'il tenait du contrat aient été méconnus et violés pour que son action soit admise.

15. Il y a donc une différence importante entre le cas où l'action en concurrence déloyale est fondée sur l'idée de délit et celle où elle repose sur une faute contractuelle. Mais ce dernier cas est-il le seul où le caractère dommageable du fait n'est pas exigé pour qu'il y ait concurrence déloyale. On pourrait croire qu'il y en a d'autres, lorsqu'on observe que certains faits de concurrence déloyale nous apparaissent avec tous les caractères d'une usurpation de propriété. L'action correspondant à ces faits ressemblerait à une revendication, et l'on sait que, dans la revendication, le demandeur, pour faire cesser l'atteinte

portée à son droit, a seulement à prouver que le droit lui appartient, et non que cette atteinte lui a causé un préjudice.

Nous faisons allusion aux cas où la concurrence déloyale consiste dans une usurpation de nom, de dénomination ou d'enseigne, par exemple. Qu'il y ait sur ces choses au profit du commerçant propriété véritable ou non, il faut bien reconnaître qu'elles sont l'objet d'un droit exclusif, sinon absolu, que la loi reconnaît et protège. M. Mayer, qui se refuse à voir dans ces divers avantages commerciaux des objets de propriété, dit que « ce sont là des signes naturels ou conventionnels qui représentent la valeur industrielle du commerçant (1). » Peu importe la qualification qu'on leur donne ; toujours est-il qu'il y a là des droits privatifs ou exclusifs. Mais quand une atteinte est portée à ces droits, et qu'une action est intentée, on ne se borne pas à constater le fait d'usurpation. Les tribunaux recherchent si l'emploi ou l'imitation de ces signes industriels a eu lieu au détriment de l'ayant droit pour usurper sa réputation et détourner sa clientèle et, si les faits présentent ces caractères, ils puisent dans les principes généraux du droit la source de l'obligation de réparer le dommage. C'est dire que le caractère dommageable du fait est nécessaire dans tous les cas pour qu'il y ait concurrence déloyale.

L'action aboutira à réparer le dommage. Les tribunaux ordonneront la suppression de ce qui cause le dommage, si cela est possible, ou ils prendront des mesures pour que la concurrence ne soit plus déloyale dans l'avenir, et dans tous les cas, s'ils le jugent convenable, ils prononceront des dommages-intérêts.

16. Il reste à faire observer que, quelle que soit la base sur laquelle l'action est fondée, il faut qu'il y ait vraiment concurrence, sinon l'on est en dehors de la théorie de la concurrence déloyale. L'on ne conçoit de concurrence qu'entre deux individus exerçant la même profession.

Si un boulanger, par exemple, détourne la clientèle d'un autre boulanger en accomplissant des actes illicites et dommageables, ou en violant une clause d'un contrat qu'ils avaient passé entre eux, il y a concurrence déloyale. Mais il n'y aurait pas de concurrence déloyale si des actes du même genre étaient dirigés par un boulanger contre un libraire parce que, s'ils étaient de nature à

(1) Mayer, nº 13.

faire perdre au libraire sa clientèle, ils n'auraient pas pour effet de la faire acquérir au boulanger. Il y aurait bien détournement de la clientèle, mais non point vol de la clientèle. De tels actes pourraient assurément donner lieu à des poursuites en dommages-intérêts, car en vertu des articles 1382 et 1383 tous ceux qui ont commis, intentionnellement ou non, des faits portant préjudice à autrui en doivent réparation. Ces faits pourraient aussi donner lieu, s'il y avait eu un lien contractuel, à se prévaloir des articles 1134 et 1137. Mais il n'y aurait pas là de concurrence déloyale, parce qu'il n'y a pas de concurrence ; ce sont des hypothèses dont nous n'aurons pas à nous occuper (1).

S'il ne faut pas prendre à la lettre cette règle qu'il n'y a concurrence qu'entre des individus exerçant des professions semblables. La vérité est qu'il y a concurrence entre individus vendant des produits similaires, alors même qu'ils n'exerceraient pas la même profession. Ainsi l'épicier, le pharmacien et le droguiste n'exercent pas la même profession, cependant il y a des produits que l'on peut trouver indistinctement chez ces divers industriels ; il pourra y avoir concurrence entre eux quant à ces produits.

Il ne saurait y avoir concurrence déloyale entre un fabricant et un détaillant, parceque dans ce cas, il ne peut être question de détournement de clientèle. Il peut cependant y avoir fait dommageable donnant lieu à une réparation. Ainsi, le fait, par un débitant, de vendre ou de livrer à des consommateurs un produit en lui attribuant indûment la dénomination d'un produit similaire dont un fabricant est le propriétaire incontesté, bien qu'il ne constitue pas un acte de concurrence déloyale, n'en est pas moins un acte illicite et dommageable dont la réparation peut être demandée dans les termes de l'art. 1382 C. civil (2).

17. Une autre condition pour qu'il y ait concurrence, c'est que les industriels soient assez voisins les uns des autres pour que la clientèle de l'un des établissements puisse se reporter sur l'autre.

(1) On peut citer, à titre d'exemple, un arrêt récent d'après lequel un commerçant est en droit de demander des dommages intérêts au directeur d'une agence de renseignements commerciaux qui fait figurer son nom sur une liste contenant des noms de commerçants dont la situation est ou devient difficile (Paris, 15 févr. 1879, Pat., 1886, 190). Il y a bien fait dommageable donnant lieu à dommages-intérêts, mais non concurrence déloyale.

(2) C. Paris, 13 mai 1887, *Gaz. Pal.* 19 décembre. C. Bordeaux, 12 décembre 1887, *Gaz. Pal.* 23 janvier 1888.

La concurrence n'existe généralement qu'entre deux maisons situées dans la même ville. Il est clair qu'un épicier de Douai fera difficilement concurrence à un épicier d'Aix ; la clientèle de l'un et de l'autre n'est assurément pas la même. Mais on ne peut à cet égard poser de règle absolue. S'il est vrai qu'en règle générale la concurrence ne s'établit pas de ville en ville, le contraire peut très bien être admis. Il faut supposer pour cela qu'il s'agit d'une maison qui, par son importance, par la nature de ses opérations commerciales, écoule ses produits non seulement sur place mais même dans toute une région, dans tout un pays, dans le monde entier ; dans ce cas, une maison rivale organisée d'une façon semblable et répandant ses produits dans le même rayon serait justement considérée comme lui faisant concurrence, et les tribunaux pourraient fort bien être appelés à examiner si cette concurrence n'est pas déloyale. On admettrait aussi qu'il peut y avoir concurrence entre deux industriels, quelle que soit la distance qui les sépare, s'il n'y a qu'un très petit nombre d'établissements livrant au commerce la même nature de produits.

18. Il résulte de ces observations que la question de savoir s'il y a ou non concurrence entre deux établissements industriels est avant tout une question de fait. Il faut toujours rechercher s'il y a rivalité possible entre les deux maisons, si les manœuvres de l'un des industriels tendent à détourner la clientèle de l'autre pour se l'attirer. A ces conditions seules, il y aura concurrence possible, et si l'un des industriels a mis en œuvre vis-à-vis de l'autre des procédés frauduleux, il y aura concurrence déloyale.

19. Nous ferons remarquer que la manière dont le droit français envisage et traite la concurrence déloyale n'a pas été adoptée par la plupart des législations étrangères. C'est ainsi que dans la législation allemande nous trouvons des règles entièrement différentes. Les commerçants n'y sont pas protégés par une règle semblable à celle de notre article 1382. Tout ce qui n'est pas défendu, spécialement et expressément, par une loi, est permis. La concurrence ne se trouve restreinte dans les limites de la loyauté que par les lois particulières et la surveillance administrative. « Le terrain de la concurrence commerciale chez nous, dit M. Otto Mayer, est le terrain d'une liberté absolue et entière, où aucun fait n'est soumis à produire son titre de légitimité ; il suffit qu'il ne soit pas défendu d'une manière spéciale et

expresse, pour qu'il soit permis et ne rende pas responsable du dommage causé ». (1)

Une affaire récente, dite de la *main-noire,* sur laquelle ont statué le tribunal de Strasbourg, la cour de Colmar et le *Reichsgericht* de Leipzig (cette dernière juridiction par une décision du 2 juillet 1886) peut être citée à titre d'exemple ; on verra par là combien le principe ci-dessus est fortement enraciné dans la législation et la jurisprudence de l'Allemagne.

Il faut rappeler d'abord que, jusqu'à l'achèvement du Code civil allemand, le droit civil est réglé presque exclusivement par la législation particulière des différents États confédérés ; c'est ainsi que les pays du Rhin ont conservé le Code civil français.

Or, voici ce qui s'est produit. Le monopole du tabac ayant été aboli en Alsace, la manufacture impériale des tabacs à Strasbourg a été gérée comme un simple établissement commercial, et elle est entrée en concurrence avec l'industrie privée. Elle a alors adopté une marque de fabrique qui représente une *main-noire.*

Pour être protégées, les marques de fabrique, en vertu d'une loi de l'empire du 30 novembre 1874 (qui a remplacé en Alsace la loi française du 23 juin 1857), doivent être déposées ; il faut en outre que ce dépôt soit renouvelé dans un délai de dix ans sans quoi elles sont rayées d'office, et le droit acquis par le dépôt s'éteint (2).

La manufacture de Strasbourg avait bien fait le dépôt de sa marque le 12 septembre 1875, mais elle avait négligé de le renouveler en temps utile, ce qui motiva sa radiation le 26 septembre 1885. Une maison rivale en profita aussitôt pour déposer la même marque, le 28 septembre 1885 ; puis elle somma la manufacture de cesser d'en faire usage et de la faire disparaître sur ses marchandises. A son tour, la manufacture effectua le dépôt, le 6 octobre, puis elle actionna la maison rivale en nullité de son dépôt.

(1) Otto Mayer, *Die concurrence déloyale (Zeitschrift für Handelsrecht,* 1881, p. 431 et suiv.).

(2) On peut faire observer à ce propos qu'en droit français le dépôt de la marque est déclaratif et non attributif de propriété ; au contraire, dans le droit allemand, le dépôt constitue le droit et assure la préférence à la partie la plus diligente. Comme l'a dit justement M. Mayer, l'effet du dépôt dans cette législation, ressemble à celui de la transcription d'un titre translatif de propriété ou de l'inscription d'une hypothèque, cas auxquels la loi ne s'occupe pas du dommage qu'un autre acquéreur ou créancier hypothécaire peut éprouver par la priorité de la transcription effectuée.

Elle appuya sa demande sur l'article 1382 du Code civil et sur les principes suivis par la jurisprudence française en matière de concurrence déloyale. Il semblait, en effet, que la protection de cet article pût s'appliquer au cas où il ne s'agissait pas d'une marque déposée.

Pour contester la validité du dépôt fait le 28 septembre, la manufacture faisait valoir que, d'après les principes généraux de la législation française, restée en vigueur en Alsace-Lorraine, le droit exclusif à une marque de fabrique peut être acquis par la possession et que ce principe, resté en vigueur concurremment avec la loi française du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce, ne cessait pas d'être applicable.

Il en fut décidé autrement. D'après la Cour de Colmar, devant laquelle l'affaire fut portée, le droit qui existait dans les différents pays de l'Allemagne avant la promulgation de la loi d'empire doit s'effacer devant celle-ci. Or, cette loi ne statue nulle part que l'emploi d'une marque en constitue l'acquisition légale. La formalité de la demande d'inscription dans le registre à ce destiné donne seule le droit de se servir d'une marque, et quand il y a plusieurs demandes d'inscription d'une marque, celle-ci appartient exclusivement à celui qui s'est assuré la priorité en présentant la première marque. L'inscription est le seul mode de s'assurer la propriété exclusive d'une marque.

C'est méconnaître, ajoute la Cour de Colmar, la différence entre la loi allemande et la loi française sur les marques de fabrique, que de prétendre, qu'en vertu du droit commun, le droit de posséder une marque peut être acquis par l'emploi de celle-ci, et qu'en conséquence la loi allemande sur les marques doit se comporter vis-à-vis du droit commun de la même manière que la loi française. Le législateur français a reconnu expressément qu'une marque de fabrique peut être acquise par l'usage qui en est fait. Le législateur allemand, au contraire, a admis que l'usage d'une marque ne constitue pas le droit de la posséder. La loi allemande va même plus loin ; il n'est pas illégal, quelque regrettable que cela puisse paraître, de chercher à s'emparer d'une marque dans l'intention d'enlever à celui qui la possédait auparavant une partie de sa clientèle ; et l'article 1382 du Code civil n'est pas applicable en pareil cas.

Le *Reichsgericht* a admis la même doctrine. C'est la priorité du dépôt, est-il dit dans son arrêt, qui décide du droit de faire usage

d'une marque déterminée à l'exclusion de tout autre personne, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération la circonstance qu'une autre personne en a fait usage antérieurement et en a eu la possession. Celui qui a omis soit d'effectuer le dépôt d'une marque dont il a fait usage, soit d'en opérer le renouvellement dans le délai de dix ans, ne peut empêcher qu'un autre en effectue le dépôt et fasse l'acquisition d'un droit sur une marque dont lui faisait usage jusqu'à ce moment, et il ne peut écarter le droit acquis par la priorité du dépôt en invoquant sa possession antérieure, car, d'après la loi allemande, la simple possession d'une marque ne constitue pas le droit d'en faire usage. Il ne peut être question d'appliquer dans l'espèce (affaire de la *main noire*) l'article 1382 qui ne concerne que la lésion d'un droit.

« Ces expressions, dit M. Otto Mayer, ne sont pas tout à fait exactes : la possession d'une marque n'est jamais un droit formel, un droit dans le sens technique du mot et l'article 1382 ne protège pas seulement des droits proprement dits, mais aussi des simples intérêts qui sont blessés sans droit ni titre. Mais ce qui est vrai, c'est que la possession de la marque est en Allemagne un intérêt sans protection » (1).

Et M. Otto Mayer ajoute : « Quand on voit figurer dans les considérants de ces décisions l'intérêt de l'uniformité de la législation civile, on serait peut-être tenté de croire que ce sont des raisons de haute politique qui entraînent les tribunaux allemands à renverser au profit de cette unité les système des législations particulières. Mais, à vrai dire, il y a là plutôt une différence dans les principes fondamentaux, qui sépare l'esprit du droit allemand de celui du droit français et qui éclate dans cette hostilité contre l'application de la théorie de la concurrence déloyale. Toute cette théorie repose sur l'idée que la concurrence est en soi un fait dommageable, qui entraînerait la responsabilité de son auteur si la concurrence n'était pas un droit. La concurrence étant reconnue comme un droit, le concurrent en est couvert aussi longtemps qu'il reste dans l'exercice légitime de ce droit, même quand il cause un dommage à autrui ; mais de quelle manière qu'il sorte du cercle de ce droit, la responsabilité renaît. Eh bien, le point de départ du juriste allemand n'est pas le même. Pour lui, la li-

(1) Otto Mayer, *Du conflit des lois en Allemagne en matière de marques de commerce et de concurrence déloyale (Journ. du droit internat. privé publié par M. Clunet,* t. XIII, 1886, p. 386).

berté de la concurrence est une partie de l'organisation sociale ; le dommage, qui est causé dans cette sphère, n'a pas besoin d'être couvert par un droit reconnu par la loi ou la jurisprudence. Tout le monde qui descend dans cette arène doit savoir que la loi ne donne pas d'autre protection pour assurer ses fruits au travail, que celle qui résulte de textes formels. »

Dans une circonstance analogue, la Cour de Leipzig a fait application du même principe. Une société par actions qui vendait des eaux minérales sous la désignation de *Apollinaris brunnen* avait intenté une action contre un concurrent qui donnait à ses produits le nom de *Apollinis brunen*. La législation française était encore en vigueur dans le pays où le procès a eu lieu et l'action était basée subsidiairement sur l'article 1382 et sur la jurisprudence française qui protège les « désignations de marchandises. » Par arrêt du 30 novembre 1880, la Cour déclare que l'article 1382 ne peut plus être invoqué dans aucune région de l'Allemagne, parce que la loi d'Empire sur les marques a voulu régler toutes ces propriétés commerciales, soit noms, figures, dénominations, etc., d'une manière uniforme et exclusive.

20. Revenons au droit français. La question de savoir quels sont, chez nous, ceux des procédés tendant à attirer la clientèle d'autrui qui peuvent être la source d'une action en réparation, est l'objet de toute cette thèse.

La loi n'a pas énuméré les faits de concurrence déloyale. Elle n'avait pas à le faire et elle ne le pouvait pas. Une législation trop minutieuse eût été plus dangereuse qu'utile. Ces faits sont en nombre illimité et c'est la pratique seule qui peut les révéler. Il suffisait qu'il y eût dans la loi des principes certains permettant de les atteindre et de les réprimer.

C'est donc là une question toute de jurisprudence. Mais il appartient au jurisconsulte de rassembler et de grouper les espèces que la pratique fait connaître pour y rechercher les règles d'interprétation de ces principes que les tribunaux se sont tracées et auxquelles ils se sont le plus généralement conformés.

Pour pouvoir décrire les principales formes de la concurrence déloyale, il faut essayer de les classer. Nous croyons qu'on peut proposer les distinctions suivantes :

Nous savons que la concurrence déloyale peut consister soit dans un délit, soit dans une faute contractuelle. Voilà d'abord une

première division des faits de concurrence déloyale : 1° délits ; 2° fautes contractuelles.

Prenons maintenant les cas où il y a délit.

Nous remarquons que, parmi les faits dont le résultat est un déplacement possible de clientèle au détriment d'un commerçant et au profit d'un autre, les uns consistent à créer aux yeux du public une confusion entre produits ou établissements, les autres consistent à faire usage de procédés répréhensibles, mais ne créant aucune confusion.

De là les trois formes suivantes de la concurrence déloyale, dans lesquelles nous avons essayé de faire rentrer toutes les hypothèses :

1° Concurrence déloyale résultant de la confusion qu'on a cherché à établir entre les produits ou les établissements ;

2° Concurrence déloyale consistant en faits répréhensibles, mais n'emportant pas confusion ;

3° Concurrence déloyale consistant dans une faute contractuelle.

Nous étudierons ces trois formes de la concurrence déloyale dans les trois chapitres suivants.

CHAPITRE II.

Concurrence déloyale résultant de la confusion qu'on a cherché à établir entre les établissements ou les produits.

20. Dans ce chapitre, nous nous proposons de grouper les hypothèses dans lesquelles la concurrence déloyale consiste dans une confusion que l'on a cherché à faire naître dans l'esprit du public, soit entre les établissements, soit entre les produits. Il y a concurrence déloyale, parce qu'au moyen de cette confusion, une maison peut usurper la confiance accordée par le public à une autre maison déjà établie.

SECTION I

Confusion produite au moyen de noms de personnes.

21. Toute personne a incontestablement le droit de se servir de son nom pour faire le commerce, et c'est là un droit exclusif, on peut dire une propriété (1). D'où cette conséquence que personne n'a le droit d'usurper le nom d'autrui. Mais d'autre part aussi, l'usage que l'on fait de son propre nom ne doit pas aboutir à une sorte d'usurpation du nom d'autrui ; en d'autres termes, on ne doit pas se servir de son nom de telle sorte que l'on cause à un autre industriel un préjudice semblable à celui qui résulterait d'une usurpation de nom véritable. Décider autrement,

(1) L'article 13, § 1er, de la proposition de loi sur *les marques, le nom commercial, la raison de commerce et le lieu de provenance*, actuellement soumise au Sénat, contient le mot en toutes lettres :

« La propriété d'un nom commercial ou d'une raison de commerce appartient à celui qui le premier en a fait usage. »

C'est dans l'antériorité de l'usage que le droit à la propriété exclusive prend sa source. Mais, ajoute dans son rapport sur ce projet, M. Dietz-Monnin, l'article 13 ne peut faire supposer un instant qu'il puisse être permis d'accaparer tel nom et de donner à celui qui en a usé le premier et après déclaration (la déclaration du nom est l'une des innovations du projet) la propriété exclusive portant sur le nom même. Ce serait fouler aux pieds les principes d'inviolabilité et d'inaliéna-

ce serait protéger l'un des deux noms en sacrifiant l'autre. Telles sont les idées générales que la jurisprudence a appliquées lorsqu'un industriel a essayé d'établir une confusion entre deux établissements au moyen des noms. Ce genre de fraude est très fréquent et se produit sous des formes très diverses.

21 *bis*. Le nom du commerçant ou de l'industriel désigne sa maison au public ; la publicité qui lui est donnée et la bonne réputation des produits vendus sous ce nom en font des éléments de prospérité de la maison. C'est tellement vrai que l'industriel qui se retire laisse généralement son nom à la maison pour qu'elle conserve sa notoriété ; un nom nouveau pourrait souvent détourner la clientèle. Le nom offre donc au point de vue du droit commercial et industriel une importance extrême. « Le nom, dit M. Gastambide, représente le commerçant, ses talents, son crédit, son honneur même, c'est un moyen d'achalandage (1). » D'après M. Calmels, c'est le thermomètre du crédit et le signe de ralliement de la clientèle (2). Suivant M. Pouillet, le nom est le pavillon de la marchandise (3). Ces diverses expressions ne sont que des variantes d'une même idée.

C'est cette valeur même, que présente le nom en matière de commerce, qui explique les fraudes si souvent commises. Plus d'un industriel cherche à s'attribuer les avantages de la réputation acquise par un nom à une autre maison que la sienne. Voilà la fraude que les tribunaux répriment sévèrement comme constituant une concurrence déloyale.

22. Les atteintes portées au nom ne donnent pas ouverture seulement à l'action civile fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil ; elles peuvent aussi constituer des délits spéciaux, réprimés par la loi pénale, dans certains cas.

Deux lois ont édicté des peines dans des cas qu'elles déterminent :

23. 1° La loi du 28 juillet 1824 qui punit l'usurpation de nom

bilité de la *propriété des noms* ; et l'on pourrait aller jusqu'à dire que cela constituerait une entrave à la liberté du commerce.

Le droit exclusif dont il est question, porte, non pas sur le nom considéré en lui-même, mais sur son aspect. C'est le droit au nom tel qu'il a été déclaré (Annexe au procès-verbal de la séance du Sénat du 16 décembre 1887).

(1) Gastambide, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres*, 1882.

(2) Calmels, *Des noms et marques de fabrique*, 1858, n° 114, p. 74.

(3) Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, n° 375, p. 361.

au cas d'apposition du nom d'autrui sur des produits fabriqués. Mais il faut bien remarquer que la loi de 1824 ne punit pas l'usurpation de nom d'une façon générale, de quelque manière qu'elle se produise, mais seulement celle qui a lieu en apposant le nom d'autrui sur un produit de fabrication. Si le nom d'un concurrent a été reproduit sur des prospectus, des annonces ou des réclames, il n'y a pas délit tombant sous l'application de cette loi, il y a seulement concurrence déloyale.

L'action pénale fondée sur cette loi n'exclut pas d'ailleurs l'action civile en réparation ; l'industriel lésé peut se porter partie civile incidemment à l'action publique ou se borner à intenter une action civile.

24. 2° La loi du 23 juin 1857 qui ne protège pas le nom d'une façon générale, mais seulement s'il affecte une forme distinctive, c'est-à-dire si sa physionomie, son arrangement ou son tracé est spécial. Le nom constitue alors une véritable marque et c'est comme tel qu'il a droit au bénéfice de cette loi.

L'action pénale n'exclut pas non plus dans ce cas l'action civile en réparation, car l'usurpation de marque rentre dans les cas de concurrence déloyale *lato sensu*.

25. Cette protection sera, nous l'espérons, complétée prochainement au point de vue pénal (1). En effet, la proposition de loi générale sur *les marques, le nom commercial, la raison de commerce et le lieu de provenance*, dont le Sénat est en ce moment saisi, a été longuement étudiée par la commission chargée de son examen, qui a notablement développé le projet primitif. Dans son savant et remarquable rapport sur cette proposition, M. Dietz-Monnin développe les raisons qui ont conduit la commission à appliquer aux noms les mêmes règles qu'aux marques pour tout ce qu'ils ont de commun et à procéder à la confection d'une sorte de loi organique concernant les marques de fabrique et de commerce, ainsi que toutes les questions qui s'y rattachent (2).

(1) Lyon-Caen, *De la nécessité de l'uniformité des lois sur les marques de fabrique ou de commerce emblématiques et sur le nom commercial.* (*Rev. crit.*, XVIIe année, t. VII, 1878, p. 693).

(2) Sénat, séance du 16 décembre 1887 ; annexe n° 101. L'article 13 de cette proposition est ainsi conçu :

« La propriété d'un nom commercial ou d'une raison de commerce appartient à celui qui le premier en a fait usage.

« Le nom commercial et la raison de commerce sont soumis à une déclaration

26. Mais laissons de côté les conséquences pénales de l'usurpation des noms pour ne nous attacher qu'aux conséquences civiles résultant de la confusion d'établissements réalisée au moyen de l'emploi d'un nom de personne. Alors même que l'usurpation de nom ne constituerait pas le délit prévu par la loi de 1824, il peut y avoir acte de concurrence déloyale.

Nous ne pouvons passer en revue toutes les fraudes accomplies au moyen du nom commercial : nous ne pouvons que citer les plus usuelles, celles dont la pratique révèle la fréquence. Il s'agit toujours d'une fraude ayant pour but d'amener une confusion entre deux maisons et de détourner d'une façon déloyale la clientèle d'un concurrent.

Un moyen auquel on a souvent recours pour faire une concurrence déloyale, c'est l'emploi de son propre nom. Ce procédé paraît au premier abord fort licite. Il ne l'est pourtant pas toujours, ce qui peut arriver s'il existe un commerçant bien connu du public ayant ce même nom ou un nom analogue, et que l'on monte une industrie similaire en tâchant d'établir une confusion à la faveur de l'identité ou de l'analogie de nom. A défaut de pouvoir employer ce moyen, le commerçant qui cherche à attirer la clientèle d'un concurrent ajoutera à son propre nom celui de sa femme s'il présente une similitude de nature à entraîner la confusion. A défaut encore, il recherchera quelqu'un dont le nom puisse servir à accomplir cette fraude, et il s'en fera un associé ou lui achètera le droit de se servir de son nom. Tels sont les principaux procédés par lesquels une concurrence déloyale est réalisée au moyen des

préalable effectuée au dépôt central dans les conditions prescrites par l'art. 5.

« La publication en est faite conformément aux prescriptions de l'article 6 et sous les sanctions du § 2 du même article.

« A défaut de déclaration, l'ayant-droit ne pourra invoquer que les dispositions de l'article 1382 du Code civil.»

D'après cet article, un même nom peut faire l'objet d'un nombre incalculable de déclarations ; mais si une personne a usé la première et commercialement d'un nom, soit dépourvu de toute mention, soit au contraire accompagné d'une mention distinctive spéciale, elle aura seule, dans ces limites excessivement étroites, le droit à la propriété exclusive de ce nom simple ou composé. Si elle l'a déclaré, elle aura, pour protéger sa propriété, les actions spéciales attachées à cette déclaration.

A défaut de la déclaration prescrite, les ayants droit ne pourront bénéficier des actions spéciales organisées par la proposition de loi. Mais ils ne seront pas désarmés entièrement, puisqu'ils auront toujours à leur disposition, l'action de droit commun, l'article 1382 du Code civil, qui n'a pas une efficacité aussi grande que celle qui est attachée à la déclaration.

noms de personnes. Nous allons préciser les cas dans lesquels les tribunaux répriment ces diverses fraudes.

§ I. — Identité ou analogie entre le nom d'un commerçant et celui d'un concurrent.

27. Il est certain que toute personne a le droit de se servir de son nom pour faire le commerce et d'en régler l'emploi comme elle le juge convenable. Le nom est en effet, nous le savons, la propriété personnelle de celui qui le porte. S'il y a une limitation possible à ce principe, elle ne peut résulter que de la fraude. Si la propriété, en effet, implique le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, aux termes de l'article 544 du Code civil, elle est cependant soumise à des limitations. Conformément au même article 544, nul ne peut faire de la chose dont il est propriétaire, un usage illicite. Il ne faut donc pas que l'usage légitime du nom dégénère en fraude, qu'il soit un moyen de faire une concurrence déloyale. Or, il y a concurrence déloyale, lorsqu'un industriel dont le nom est identique ou ressemble simplement à celui d'un commerçant connu ne prend pas le soin de distinguer son nom de celui de son concurrent et qu'il l'emploie au contraire de manière à amener une confusion entre les deux établissements. Si donc l'industriel qui s'établit ne prend pas toutes les précautions qu'exige la loyauté commerciale pour ne pas être confondu avec ceux qui exerçaient antérieurement le même commerce ou la même industrie, il court le risque d'être poursuivi en concurrence déloyale (1).

(1) En Allemagne, on prend les précautions suivantes pour éviter la confusion qui peut résulter d'une similitude de noms. Tout commerçant doit faire inscrire au tribunal de commerce, sur un registre spécial, sa raison de commerce (*firma*), c'est-à-dire le nom sous lequel il gère ses affaires et donne sa signature dans le commerce. L'article 20 du Code de commerce allemand porte :

« Toute raison de commerce nouvelle doit se distinguer nettement de toutes celles existant déjà dans la même localité ou dans la même commune, et transcrites sur le registre de commerce.

« Si un commerçant porte les mêmes nom et prénoms qu'un autre, inscrit déjà, et veut s'en servir à son tour, comme raison de commerce, il doit y ajouter une énonciation qui les distingue nettement de la raison de commerce précédemment inscrite. » (*Code de commerce allemand*, traduit par Paul Gide, Ch. Lyon-Caen, J. Flach et J. Dietz).

D'après le code de commerce suisse :

« Quiconque fait le commerce, exploite une fabrique ou exerce en la forme

28. Que doivent faire les tribunaux pour réprimer la fraude? Ont-ils le droit d'interdire l'emploi du nom qui produit la confusion ou peuvent-ils simplement en réglementer l'usage, en prescrivant certaines mesures qui empêcheront la confusion?

En se plaçant dans l'hypothèse où soit un industriel, soit un commerçant fait uniquement usage de son propre nom, les auteurs et la jurisprudence décident ordinairement que les tribunaux ne peuvent proscrire l'emploi du nom et qu'ils doivent se borner à prendre les mesures nécessaires pour que la confusion soit évitée. La Cour de cassation a proclamé ce principe avec une très grande précision dans un arrêt du 30 janvier 1878 (Sir., 1878, 1, 289; *J. Pal.*, 1878, 737).

Cette solution est conforme au principe de la propriété du nom. On ne peut priver qui que ce soit du droit de porter son nom ni de s'en servir pour faire le commerce; ce serait porter une atteinte à la liberté individuelle et créer, pour une hypothèse particulière, une incapacité, une déchéance qui n'est pas écrite dans la loi. Ce serait aussi créer entre deux industriels dont les noms sont semblables ou analogues, une sorte de préférence au profit de celui qui s'est établi le premier. Celà n'est pas admissible. Deux industriels qui ont le même nom ont un droit égal à s'en servir; de même si leurs noms ne font que se ressembler. Celui qui, le premier, a fait usage de son nom dans le commerce ou l'industrie n'a aucun droit de priorité à invoquer contre le second, car chacun d'eux tient son nom de sa naissance, et ses prénoms de son acte de naissance, faits indépendants de sa volonté. Une telle propriété ne saurait exclure, chez une autre personne, une propriété que des circonstances fortuites auraient faite identique.

M. Lyon-Caen, en note de l'arrêt que nous venons de citer, donne aussi l'adhésion la plus complète à cette doctrine de la Cour de cassation dans les termes suivants :

« Chacun a le droit d'exercer la profession commerciale qu'il

commerciale une industrie quelconque, est tenu de se faire inscrire sur le registre du commerce du lieu où il a son principal établissement. S'il a une succursale dans un autre lieu, l'inscription doit aussi y être faite » (art. 865).

« Lorsqu'une raison est inscrite sur le registre du commerce, un autre chef de maison ne peut en user dans la même localité, encore qu'il porte personnellement le nom qui constitue cette raison. Il est tenu, en pareil cas, de faire à son nom une adjonction qui le distingue nettement de la raison déjà inscrite » (art. 868).

En Autriche, les commerçants sont aussi tenus de faire enregistrer sous peine d'amende, leur raison de commerce sur un registre spécial (Rapport de M. Dietz-Monnin précité, p. 133).

lui plaît de choisir. C'est là une des faces du grand principe de la liberté de l'industrie. En outre, chacun a le droit de porter son nom ; c'est là une propriété dont l'existence est incontestable. Bien plus, les citoyens ne peuvent pas porter d'autre nom que celui qui leur a été donné dans leur acte de naissance (L. 6 fruct. an II). »

Cette opinion, si légitime qu'elle paraisse, a rencontré pourtant des contradicteurs. D'après Blanc, les tribunaux peuvent faire défense à un commerçant d'entreprendre un commerce en son nom, si ce nom est déjà celui d'un autre commerçant ; il suffit que la confusion soit possible. « L'interdiction absolue de se servir d'un nom, dit-il, doit être prononcée entre ceux-là mêmes qui portent le même nom, toutes les fois qu'il est démontré qu'ils ne sont entrés dans cette industrie que pour profiter, à l'aide de cette similitude dans les noms, de la réputation acquise par leur homonyme » (1). Il justifie cette opinion en disant que le nouveau venu, étant encore inconnu sous ce nom, n'a rien à perdre à un changement.

Cet argument ne saurait nous arrêter. Le commerçant, dont le nom était inconnu à l'origine, peut acquérir par la suite une grande réputation, et il aimera mieux attacher cette notoriété à son nom véritable qu'à un nom d'emprunt. D'ailleurs, comme on ne peut pas lui interdire de faire le commerce, il faudrait l'obliger à changer de nom. Lui permettrait-on de choisir lui-même un nom nouveau ou les tribunaux lui en imposeraient-ils un ? Et puis, qu'arriverait-il si l'on découvrait plus tard que le nom nouveau appartient déjà à un concurrent ? On voit combien de difficultés pourraient se présenter.

Nous concluons que les tribunaux ne peuvent interdire à celui qui fait le commerce en son nom, de se servir de ce nom, pour le motif qu'il reproduirait complètement ou à peu près le nom d'un concurrent. Les tribunaux ne peuvent que réglementer l'usage du nom pour empêcher une confusion entre deux établissements rivaux (2). Comme le dit encore M. Lyon-Caen, « d'un autre côté, les principes généraux du droit s'opposent à ce qu'une personne puisse faire usage de son nom pour nuire à un concurrent. Les tribunaux doivent réprimer l'abus qu'une personne

(1) Blanc, p. 713.

(2) Calmels, dans Pataille, 1856, 33 ; Bédarride, nos 734 et 736 ; Pouillet, nos 488, 496 et 498 ; Pataille, 1886, p. 253, note.

fait ainsi de la propriété de son nom et qui constitue l'une des formes si variées de la concurrence déloyale. »

Nous verrons pourtant plus loin qu'il est des hypothèses spéciales de fraudes qui peuvent justifier l'interdiction du nom de certaines personnes. Il faut bien noter que nous n'envisageons ici que le cas où un commerçant fait usage de son seul nom pour les besoins de son commerce, sans y ajouter aucun autre nom.

La jurisprudence décide que le commerçant est à l'abri de tout reproche, s'il a pris toutes les précautions nécessaires pour empêcher la confusion avec une autre maison. Peu importe que le nom présente de la similitude avec celui d'autres négociants existant déjà, si l'on a fait en sorte de le différencier autant que possible, en le faisant précéder d'un prénom, par exemple, ou en indiquant l'époque de la fondation de la maison, ou de toute autre manière (Bordeaux, 16 août 1865, Pat., 1867, 268).

29. Lorsque le commerçant n'a pas pris les précautions nécessaires, les tribunaux décident ordinairement qu'il devra faire précéder son nom de son prénom ou de ses prénoms en toutes lettres et en caractères de même dimension et qu'il l'écrira à certaines places déterminées (Poitiers, 12 juillet 1833, Dall., 1833, 2, 235 ; Paris, 28 juillet 1835, *Gaz. Trib.*, 29 juillet ; Paris, 23 juin 1842, *J. Pal.*, 1844, 1, 423 ; Paris, 12 avril 1847, *Gaz. Trib.* 13 avril ; Aix, 16 nov., 1863, Le Hir., 1864, 2, 81 ; Montpellier, 29 déc. 1877, Pat., 1878, 49 ; Cass., 15 juillet 1879, Pat., 1880, 386 ; Trib., civ. Seine, 9 mai 1885, Paris, 23 décembre 1885, Pat., 1886, 193).

Le prénom devra ordinairement être énoncé en entier ; l'initiale ne suffirait pas. Encore moins suffirait-elle, si elle était la même que celle du prénom de l'industriel qui se plaint. Ainsi les œuvres d'un compositeur musical étant connues sous le nom de *A. Leduc*, il a été jugé qu'un éditeur commettait un acte de concurrence déloyale en publiant sous le seul nom de *A. Leduc* les œuvres d'un autre compositeur sans écrire son prénom en entier, *Adolphe Leduc* (Trib. commerce Seine, 2 juillet 1846, *le Droit*, 1846).

30. Si l'adjonction d'un prénom se trouvait insuffisante, les tribunaux exigeraient que le nom soit encore accompagné d'autres indications. Ainsi, dans le cas où un membre d'une famille dont le nom est déjà connu dans une industrie veut fonder une maison

nouvelle, on ne le lui permettra qu'en établissant une différence bien nette entre les deux maisons, par exemple en faisant suivre son nom des mots *fils aîné de,* ou de telle autre désignation, selon les cas (Aix, 8 janv. 1821, S., 1821, 2, 222).

31. D'autre fois, pour différencier les deux maisons, surtout au cas où les concurrents sont de la même famille, les tribunaux précisent les modifications à apporter à l'enseigne pour éviter la confusion, et notamment ils imposent l'obligation d'indiquer la date de sa fondation (Cass. rej., 14 avril 1863, Pat., 1863, 323).

Les tribunaux ne se contentent pas toujours d'exiger que le nom et le prénom ou toute autre désignation soient écrits en toutes lettres et en caractères semblables, mais ils précisent que le commerçant ne devra jamais employer son nom sans observer ces prescriptions, que ce soit sur son magasin, son enseigne, sur ses étiquettes, prospectus ou annonces (Trib. Seine, 9 février 1838, *Gaz. Trib.*, 10 février).

Enfin les tribunaux ordonnent aussi parfois que le commerçant le plus récemment établi devra en outre avoir des étiquettes de forme tout à fait différente de celles dont fait usage son concurrent (Paris, 12 avril 1847, *Gaz. Trib.*, 13 avril), ou qu'il emploie des récipients ou enveloppes de taille, forme et couleurs différentes (Paris, 27 août 1859, Pat., 1859, 284).

32. Tout ce que nous avons dit du cas où il y a identité entre les noms des deux industriels doit s'appliquer aussi au cas où il y a simplement ressemblance de nom. Le danger de confusion est aussi manifeste dans un cas comme dans l'autre, les décisions de la jurisprudence sont identiques. En voici un exemple :

MM. Pinaud et Amour, propriétaires d'un magasin de chapellerie fondé rue de Richelieu par M. Juste Pinaud, poursuivaient en 1857, devant le tribunal de commerce de la Seine, M. René Pineau, chapelier, précédemment établi rue des Fossés-Montmartre, et qui avait changé de domicile pour venir s'établir également rue de Richelieu, juste en face de la maison Pinaud et Amour. Il était évident que cet industriel, s'étant borné à mettre sur son magasin les mots « maison Pineau », n'avait d'autre but, en agissant, ainsi que celui de détourner la clientèle de la maison Pinaud et Amour en profitant de cette similitude de noms. Le tribunal ordonna que, dans la huitaine du jugement, Pineau supprimât de ses enseignes, factures, lettres et papiers relatifs à son commerce, les mots «maison Pineau», cette expression de

« maison » désignant, dans les usages du commerce, un établissement de date ancienne et d'importance notoire. Il décida aussi que René Pineau serait tenu de changer les écussons employés par lui comme adresse au fond de ses chapeaux et d'en adopter qui ne soient pas copiés aussi visiblement sur ceux du demandeur. Enfin le tribunal ordonna que le défendeur fît précéder son nom du prénom de René, et que ces nom et prénom fussent inscrits sur les deux façades de son établissement, ainsi que sur ses factures, lettres, etc., employées dans son commerce, sur une même ligne et en caractères semblables. (Trib. comm. Seine, 28 mai 1857, Pat., 1858, 86).

M. Pineau n'obtempéra qu'en partie à ces injonctions. Il mit bien les mots René Pineau sur son enseigne principale, mais laissa subsister le nom de Pineau seul sur la glace de la porte d'entrée : de plus, comme son magasin avait deux façades, l'une rue Saint-Marc et l'autre rue de Richelieu, il eut le soin d'écrire le mot René sur le côté de la rue Saint-Marc, et le mot Pineau sur le côté de la rue de Richelieu, ce qui tendait encore à rendre la confusion possible, la rue de Richelieu étant des deux rues la plus passante. C'étaient là encore évidemment des faits de concurrence déloyale. Une nouvelle poursuite eut lieu et le tribunal, considérant que Pineau avait cherché par des subterfuges blâmables à échapper aux condamnations prononcées contre lui, le condamna à des dommages-intérêts (Trib. comm. Seine, 3 sept. 1857, Pat., 1858, 87).

33. Il y a également concurrence déloyale lorsque l'industriel, ayant un nom identique ou analogue à celui d'un concurrent, l'emploie pour désigner le produit lui-même ou l'y appose pour servir de marque, sauf alors l'application des règles propres aux marques de fabrique.

Ajoutons qu'il y aurait aussi concurrence déloyale alors même que le produit désigné sous le nom de l'inventeur serait tombé dans le domaine public ; le nom est imprescriptible et inaliénable et à l'expiration du brevet, le nom de l'inventeur reste la propriété de ce dernier ou de ses ayants cause. Mais c'est là une solution de principe. La jurisprudence en effet, tout en reconnaissant généralement ce principe, y apporte des atténuations très larges.

Elle admet que la règle reçoit exception lorsque, par un long usage, ou par suite du consentement, soit exprès, soit tacite du

breveté, son nom patronymique est devenu la seule désignation possible de son invention et qu'il est couramment employé pour indiquer le mode de fabrication bien plus que l'origine du produit fabriqué.

Spécialement, il en est ainsi des médicaments tombés dans le domaine public de la pharmacie et que chaqne pharmacien a le droit, dès lors, d'annoncer et de débiter, sous la dénomination usuelle (même dans le cas où cette dénomination comprend un nom de personne, à la condition toutefois que par un long usage et avec le consentement du propriétaire du nom, celui-ci soit devenu la désignation ordinaire du produit) en ayant soin cependant de prendre toutes les précautions nécessaires pour ne pas tromper le public sur l'origine véritable du produit (Paris, 14 mars 1876; Cass., 16 avril 1878, Pat., 1878, 243).

On peut citer aussi les exemples bien connus de *Bretelle*, de *Quinquet*, de *Carcel* et de *Giffard*. (1)

Mais cette exception cesse d'être vraie lorsque l'inventeur n'a pas manifesté l'intention de lier d'une manière indissoluble, son nom au produit de son invention. Alors on doit dire que l'usage de ce nom est demeuré sa propriété exclusive. Dès lors, il y a concurrence déloyale dans le fait, de la part d'un autre fabricant, de l'employer pour un produit semblable, alors même qu'il le

(1)Les exemples de noms tombés dans le domaine public sont assez rares; dans le projet de loi actuellement soumis au Sénat et dont nous avons déjà parlé plusieurs fois, on a voulu réagir contre cette habitude du public qui est porté à désigner certains produits spéciaux du nom de leur inventeur ou de celui de leur fabricant. — « Ne serait-il pas injuste, dit le rapporteur, de priver ce dernier de la propriété de son nom par cela seul que le public le rend inséparable du produit en lui-même ? »

Dans le but d'éviter toute variation de jurisprudence sur ce point, le projet dispose dans son article 16 :

« Nul ne peut se servir du nom d'un tiers pour la désignation d'un produit, à moins que par la volonté de ce tiers, ce nom soit devenu la désignation nécessaire et usuelle de ce produit.

« Dans ce cas, celui qui se sert d'un tel nom, doit y joindre les mentions, indications ou signes suffisants pour empêcher toute confusion sur l'origine du produit. »

En Italie, où la législation en matière de propriété industrielle offre avec la nôtre une grande analogie, la jurisprudence est moins sévère que chez nous. De nombreux fabricants ont été dépossédés de leur nom commercial, sous prétexte qu'il était devenu la désignation usuelle et nécessaire de certains produits. Ainsi le nom de *Christofle* a été jugé désignation nécessaire et son propriétaire s'en est vu déposséder. Il ne s'agit cependant dans ce cas que du nom d'un fabricant renommé par l'excellence de ses produits.

ferait précéder des mots *Imité de... Imitation de...* (Agen, 20 juillet 1875 ; Cass. 15 avril 1878, Pat., 1878, 234), ou des mots *Façon de.... Système de....* (Trib. comm. Nantes, 24 avril 1880, Pat., 1882, 37) (1).

La jurisprudence admet encore, par dérogation au principe, que le nom de l'inventeur reste sa propriété malgré l'expiration du brevet, que les fabricants ou commerçants qui mettent en vente des produits conformes à celui originairement breveté, ont le droit d'employer le nom de l'inventeur à la condition d'indiquer la provenance et d'éviter toute confusion entre leurs produits et ceux de l'ancien breveté ou de ses successeurs (Paris, 28 mars 1878, Pat., 1878, 239) (2).

§ II. — Adjonction d'un nom d'associé.

34. Nous avons vu que toute personne a le droit de se servir de son nom pour faire le commerce, et que les tribunaux n'en interdisent pas l'emploi, au cas de concurrence déloyale, mais plutôt le réglementent.

Il est certain que si, au lieu d'un seul commerçant, il y en a deux ou plusieurs, ils auront tous le même droit de se servir de leur nom et de le faire figurer, par exemple, dans la raison sociale. En ce qui touche la raison sociale, il est d'ailleurs une sorte de société, la société en nom collectif, pour laquelle la loi décide que « les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale. » (C.Com., art. 21). Les associés, s'ils sont plusieurs, peuvent choisir ceux des noms qu'ils veulent faire entrer dans la raison sociale ; le même droit appartient à tous et il ne peut exister de droit de préférence pour aucun d'eux.

35. Mais, de même qu'au cas où un commerçant unique fait usage de son nom, il ne faut pas que l'emploi du nom de tel ou tel des associés soit un moyen d'établir une confusion entre deux maisons. Lorsque cette confusion sera possible à cause du nom de l'un des associés, les tribunaux ne le priveront pas pour cela de l'usage de son nom, s'il fait réellement partie de la société et s'il y est intéressé. Pour les sociétés en nom collectif, ce serait contraire à l'article 21 du Code de commerce que nous avons cité.

(1) Dans le même sens : Paris, 18 novembre 1875, Pat. 1875, 353. — Trib. civ. Marseille, 12 août 1879. Pat. 1879, 339. — Aix, 20 mars 1879, Pat. 1881, 179.

(2) Voir encore : Cass., 15 mars 1851, Pat., 1855, 395.

Mais, ici encore, ils se borneront à prescrire des changements pour empêcher la confusion. Il en sera ainsi d'ailleurs qu'il y ait eu ou non volonté d'amener la confusion de la part de celui dont le nom est attaqué.

En conséquence, il a été décidé qu'il ne pouvait être interdit à un individu d'entrer dans une société et de faire figurer son nom dans la raison sociale, par ce seul motif que ce nom appartiendrait déjà dans la même industrie à un concurrent, mais que si ce nom y avait été introduit dans un but de concurrence déloyale, ou même si l'homonymat était simplement fortuit, la raison sociale devrait être modifiée de telle sorte que toute confusion fût impossible (Paris, 18 août 1853, Teulet, 2, 355 ; Paris, 6 février 1856, *aff. Rœderer* ; Trib. com. Reims, 2 oct. 1868, *Gaz. Trib.*, 24 octobre) (1).

Les conséquences de la concurrence déloyale sont donc les mêmes, qu'il y ait un seul commerçant ou plusieurs associés, à la condition qu'on soit en présence d'une société réelle et sérieuse.

36. En est-il de même lorsque la société n'est pas sérieuse et n'a été constituée que dans un but de fraude, afin de faire figurer, soit dans la raison sociale, soit ailleurs, un nom capable d'amener une confusion, par suite de l'identité ou de l'analogie qu'il présente avec celui d'un commerçant connu ?

La jurisprudence, dans ce cas, se montre plus sévère. Elle n'hésite pas à prohiber l'emploi de ce nom. Là en effet, il n'y a pas, comme dans le cas d'une société sérieuse, un droit à respecter et à protéger, et il ne suffirait pas de limiter et réglementer l'exercice de ce droit pour qu'il ne cause pas un préjudice à autrui. Il n'y a pas de droit du tout, mais simplement une fraude, car la société n'a été formée qu'en vue de procurer à un commerçant déjà établi ou qui veut s'établir un nom qu'il puisse ajouter au sien pour amener ainsi une confusion. Cette fraude peut se produire surtout lorsqu'un associé n'apporte que son nom dans la société (2),

(1) Voir *suprà*, p. 28. note 1.

(2) C'est une question controversée que celle de savoir si le nom, envisagé comme instrument de crédit, peut être considéré comme un apport social, de même qu'une somme d'argent, ou l'industrie de l'associé, et à ce titre s'il est à lui seul un apport suffisant.

Troplong ne considère pas le crédit comme un apport suffisant : « Le crédit, dit-il, ne s'accorde qu'à la personne et à ses œuvres. Or, si la personne dont la réputation commande la confiance n'a dans la société que son nom, sans son travail, sa prévoyance, son aptitude, la foi des tiers ne sera-t-elle pas trompée,

mais elle peut aussi avoir lieu lorsque l'associé, outre son nom, apporte aussi d'autres valeurs.

M. Pouillet, qui admet cette solution, l'étend beaucoup trop selon nous (1). Il comprend sans peine que certaines décisions aient interdit à une société, même reconnue sérieuse, l'emploi d'un nom faisant confusion avec celui d'un concurrent (2). « Une raison sociale, dit-il, n'a le plus souvent rien d'absolu. Lorsqu'il y a plusieurs associés en nom collectif, rien n'oblige la société à prendre le nom de tel de ses associés, de préférence au nom de tel autre. Il n'y a pas là d'appellation nécessaire, imposée par la force des choses, comme au cas où il s'agit d'un nom de personne. »

37. Malgré l'autorité de M. Pouillet, nous ne pouvons admettre cette doctrine. Nous avons déjà indiqué les motifs de notre distinction. Si les magistrats ne reconnaissent pas l'existence de la fraude dans le fait même de l'association, ils ne pourront donc

et dès lors une telle société ne rentrera-t-elle pas dans la classe de celles que j'ai qualifiées ailleurs de contraires à la morale publique ? » (I. 114 et 115). La doctrine de Troplong est aussi celle de quelques autres auteurs (Duvergier, nos 18 à 20 ; Aubry et Rau, t. IV, § 377, p. 53 ; Mayer, p. 111).

On a fait observer dans le même sens que, dans la discussion de l'article 20 du Code de commerce au Conseil d'Etat, il fut demandé si le nom pouvait être mis seul en société. Berthier répondit : « En thèse générale, un nom isolé de tout acte de la personne est une chose fort abstraite au lieu que l'industrie est une chose positive à laquelle il convient de s'arrêter. » (Fenet, t. XIV, p. 367 ; Locré, t. XIV, p. 491).

Ce n'est pourtant pas là l'opinion qui a prévalu. On admet plus généralement que le crédit d'un associé, son nom, sont au nombre des choses qui peuvent être apportées à une société.

« On comprend, d'une part, dit M. Pouillet, qu'un ancien négociant, dont le nom est honorablement connu, ait assez de confiance dans des associés pour leur prêter l'appui de son nom, et pourtant que, las des affaires, il ne veuille participer que pour le crédit puisé dans l'usage de son nom. D'une autre part, il ne semble pas juste de dire, avec M. Troplong, que les tiers seront trompés, puisqu'une pareille situation sera nécessairement indiquée dans les statuts sociaux et qu'ils auront pu les consulter. » (Pouillet, *De la concurrence déloyale*, no 493).

Quant à l'argument qui a été tiré des paroles de Berlier, il faut aussi l'écarter. Comme le fait observer M. Paul Pont, ce mot, lancé par forme d'observation complémentaire, manque assurément d'exactitude (Paul Pont, *Des sociétés civ. et commerc.*, no 65, p. 49).

Nous en concluons donc que le nom peut et doit être pris comme constituant par lui-même un apport.

En ce sens, on peut voir encore : Rendu, *Marques de fabrique*, no 240 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commerc.*, t. I, no 259, p. 129.

(1) Pouillet, *De la concurrence déloyale*, no 497, p. 482.

(2) Trib. comm. Seine, 23 mai 1856, Teulet, 5, 420.

faire défense au commerçant de se servir du nom de son associé, quel que soit le préjudice que dût en éprouver le commerçant vendant des produits similaires (1) ; les tribunaux auront seulement le devoir de prévenir et d'arrêter la confusion qui pourrait résulter de la similitude de noms.

Mais si la société n'était pas sérieuse et avait été constituée uniquement dans un but frauduleux, ils iront jusqu'à défendre l'usage du nom.

Ainsi les tribunaux ordonnent la suppression du nom dans une raison sociale, lorsqu'il est établi que le porteur de ce nom n'a été appelé à faire partie de la société qu'à cause de son nom et pour faire par ce moyen une concurrence déloyale à un commerçant homonyme ; par là on ne lui défend point de se servir de son nom pour faire le commerce en son nom personnel, mais de le prêter à des tiers pour leur permettre de réaliser des bénéfices illicites (Cass. Rej., 4 févr. 1852, *Aff. Clicquot, J. Pal.*, 1853, 1, 167 ; Bordeaux, 27 déc. 1853, Le Hir., 1854, 2, 262 ; Paris, 28 janv. 1856, Pat., 1856, 54 ; Trib. comm. Seine, 5 mars 1856 ; Pat., 1856, 126 ; Trib. comm. Seine, 26 févr. 1857, Le Hir., 1858, 2, 420 ; Paris, 31 déc. 1860, Pat., 1861, 159 ; Paris, 8 avril 1863, Teulet, 12, 535 ; Paris, 10 juin 1869, Pat., 1869, 340 ; Paris, 2 juillet. 1874, Pat., 1874, 307).

Ces décisions ordonnent, pour la plupart, la suppression du nom dans la raison sociale ; mais dans l'hypothèse qui nous occupe il faut ajouter que l'usage de ce nom peut être proscrit partout ailleurs, toutes les fois qu'il s'agit de désigner la maison. Ainsi le tribunal peut ordonner la suppression de ce nom sur les cartes, adresses, prospectus et enseignes, où il figure abusivement (Trib. comm. Seine, 31 oct. 1863, Pat., 1863, 421).

38. Quelquefois, c'est au moyen du prénom d'un associé que l'on trouve le moyen de faire fraude à une maison concurrente. L'hypothèse s'est présentée récemment. MM. Prot et Cie, successeurs de Lubin, et propriétaires exclusifs de l'eau de toilette connue sous le nom d'*Eau de Lubin*, poursuivaient M. Lubin Corbon qui, dans le seul but de servir à une fraude en faisant figurer son prénom de Lubin, était entré dans une société à laquelle on donna le nom de Société Lubin Corbon et Cie. Le tribunal fit défense à Lubin Corbon de faire, à l'avenir, usage du prénom de Lubin sur ses étiquettes et prospectus, et ce jugement fut

(1) Bédarride, *Marques de fabrique*, n° 739 ; Calmels, *Marques de fabrique*, 156 ; Paris, 6 février 1865, Pat., 1865, 58.

confirmé en appel. En réalité, cette suppression du prénom n'enlevait pas à la société le droit de faire des affaires sous le nom des associés, car ce prénom n'était nullement nécessaire, pour désigner l'individualité de la société qui l'employait, mais sa suppression faisait cesser la concurrence déloyale (Trib. comm. Seine, 7 août 1884, Paris, 20 mai 1886, *Droit indust.* 1886,145).

§ III. — Adjonction du nom de la femme.

39. C'est un usage assez répandu dans le commerce d'ajouter à son propre nom le nom de sa femme, soit pour distinguer deux maisons dont les propriétaires portent les mêmes noms ou au moins des noms analogues, soit pour bénéficier de la notoriété commerciale dont jouit déjà le nom de la femme. Cela a lieu notamment lorsque le gendre succède à son beau-père.

Cet usage est parfaitement licite en principe. Il n'y a pas à objecter que pour prendre le nom de sa femme, il faut être pourvu d'une autorisation du Conseil d'État et se conformer au décret du 6 fructidor an XI, à la loi du 11 germinal de la même année, et aux ordonnances des 26 octobre 1815, 10 avril 1818 et 25 juin 1838. Ces dispositions n'ont trait qu'aux modifications que l'on veut apporter à son nom patronymique, et ne concernent pas le nom commercial.

D'ailleurs cet usage a été reconnu par la jurisprudence. Ainsi il a été jugé qu'un commerçant peut ajouter à son nom celui de sa femme, alors surtout qu'il succède à son beau-père et que cette adjonction lui procure le bénéfice d'un nom déjà connu du public et qui d'ailleurs appartient légitimement à la femme. (Paris, 3 juin 1859, Pat., 1859, 216). Cette adjonction sert souvent à distinguer deux branches d'une même famille.

Ce n'est pourtant là qu'un usage et non un droit. Les membres de la famille de la femme, commerçants ou non, auraient le droit d'interdire cet emploi de leur nom, s'il ne se trouvait suffisamment justifié par les circonstances. Ils ont en effet un très grand intérêt moral à soustraire leur nom aux éventualités fâcheuses que l'on peut toujours craindre dans le commerce. Les tribunaux feraient donc droit à leur demande, si elle n'intervenait pas trop tardivement, à un moment où la raison commerciale serait déjà connue. Voici une première restriction à l'emploi par un commerçant du nom de sa femme, mais nous n'avons pas à nous y étendre davantage, parce qu'elle ne concerne pas notre sujet.

40. Il y aurait lieu, au contraire, d'appliquer les règles de la concurrence déloyale si le mari n'avait ajouté le nom de sa femme que dans un but frauduleux, s'il avait dissimulé son nom en l'écrivant en petits caractères sur son enseigne et sur ses prospectus, factures, etc., tandis qu'il ferait apparaître le nom de sa femme en gros caractères. Les tribunaux ont alors à apprécier si le mari a cherché ou non à établir une confusion entre deux établissements.

S'il n'y a pas de confusion possible, les tribunaux maintiennent l'emploi du nom. Il a été jugé en ce sens que, lorsqu'un commerçant, ayant plusieurs enfants, a laissé à sa mort son fonds de commerce qui est resté indivis, l'un de ses gendres ne commet pas un acte de concurrence déloyale par cela seul qu'en créant dans le voisinage un établissement similaire, il met tant sur son enseigne que sur ses étiquettes et têtes de lettres les mots *gendre de...*, alors que rien n'indique de sa part l'intention d'établir une confusion et qu'il existe en outre des différences rendant cette confusion à peu près impossible (Bordeaux, 24 juin 1879, Pat., 1880, p. 186).

41. Quand la confusion est possible, les tribunaux prescrivent les mesures nécessaires pour la faire cesser, comme ils le font toutes les fois que l'un des noms sous lesquels un commerce est entrepris peut être confondu avec celui d'un concurrent ; par exemple, ils ordonnent que les deux noms seront écrits en caractères égaux et apparents (Trib. comm. Seine, 9 juin 1843, *Gaz. Trib.*, 10 juin).

Les tribunaux ordonnent aussi fréquemment la suppression du nom de la femme, lorsqu'il est la source d'une confusion. C'est qu'alors le nom de la femme n'a vraisemblablement été apposé à côté de celui du mari que dans un but de fraude, dans le but de détourner la clientèle d'une maison rivale. Il y a une fraude semblable à celle qui consiste à adjoindre à son nom celui d'un homme de paille qu'on s'est associé dans le seul but de profiter de son nom. Cette fraude sera réprimée le plus souvent de la même manière, par l'interdiction du nom ajouté. Les tribunaux hésitent d'autant moins que l'addition du nom de la femme n'est qu'un usage commercial et ne constitue pas un droit. (Paris, 17 juin 1838, *Gaz. Trib.*, 18 juin).

Dans une affaire plus récente, un sieur Jullian avait ajouté à son nom celui de Violet, nom de sa femme, pour établir une confusion entre un apéritif qu'il avait composé et un autre fabriqué

par MM. Violet frères ; il fut fait défense générale et absolue au sieur Jullian d'adjoindre à son nom commercial celui de Violet (Montpellier, 24 décembre 1885, *Droit indust.*, 1886, 148).

L'action en concurrence déloyale est ouverte dans ces hypothèses à tout commerçant intéressé, c'est-à-dire portant le même nom que la femme, aussi bien lorsqu'il est parent que lorsqu'il est étranger à celle-ci. Ainsi, le beau-père peut poursuivre son gendre en concurrence déloyale, par exemple si le gendre ayant d'abord été associé avec son beau-père, fonde une maison séparée et à ce moment joint pour la première fois à son nom celui de sa femme, soit pour établir une confusion avec la maison que son beau-père continue à diriger, soit pour laisser croire à la continuation de la société (Paris, 21 décembre 1855, Pat., 1855, 221).

§ IV. — Cession de nom.

42. Nous verrons plus loin quel droit la cession d'un fonds de commerce peut procurer au cessionnaire sur le nom du cédant. Pour le moment, nous ne voulons envisager que le cas d'une simple cession du nom n'accompagnant pas la vente d'un fonds de commerce.

Cette cession est-elle possible ? Nous pensons que non. Autant se justifie la transmission du nom avec le fonds de commerce, si telle est la volonté des parties, autant la cession du nom isolément nous paraît inadmissible. Le cas serait d'ailleurs peu pratique, car cette cession ne se comprendrait que si le négociant a fait sous ce nom des affaires prospères, et il arrivera rarement qu'un négociant honorable, retiré des affaires depuis un temps plus ou moins long, consente à céder à un tiers, à prix d'argent, le droit d'user de son nom au risque de le compromettre (1). Le plus souvent, une semblable cession cachera une fraude.

« Usuelle et loyale, dit Blanc, quand elle est l'accessoire de la cession de l'établissement dont le nom conserve la clientèle, la cession du nom est invariablement proscrite, commercialement parlant, quand elle est le but unique ou principal du contrat entre le vendeur et l'acheteur. Ces sortes de ventes sont toujours empreintes d'un caractère frauduleux. Autoriser de semblables cessions serait permettre à certains industriels, dont tout le

(1) Pouillet, *Concurrence déloyale*, n° 493, p. 476.

mérite consiste à porter le nom de quelque fabricant connu, d'en faire un indigne moyen de concurrence en livrant ce nom à d'habiles spéculateurs » (1).

Nous avons admis que le nom pouvant d'ailleurs, dans une opinion très accréditée, constituer à lui seul un apport social, il n'y a pas nécessairement concurrence déloyale quand le nom attaqué est le seul apport d'un associé ; mais nous décidons au contraire que la cession du nom faite isolément ne peut que constituer un acte de concurrence déloyale (2). La jurisprudence est formelle en ce sens.

C'est en s'appuyant sur ces motifs que le tribunal de la Seine a interdit à un sieur Farina de céder son nom à un tiers pour faire concurrence à une maison connue sous le même nom (Trib. civ. Seine, 13 août 1828, *Gaz. Trib.*, 24 août). Une autre décision porte que, si chacun a le droit de faire le commerce en son nom personnel, nul n'a celui de disposer de son nom pour le prêter à des tiers dans un but de concurrence déloyale et pour leur procurer, moyennant un prix, le crédit commercial dont jouit un concurrent portant le même nom ; dans l'espèce, l'emploi du nom fut interdit d'une façon absolue à celui qui l'avait acheté. (Paris, 6 mars 1851, *Aff. veuve Clicquot*, Pat., 1868, 289).

Un autre arrêt décide que si la marque de fabrique, qui n'est qu'une invention, un emblème, une chose enfin de pure fantaisie, peut constituer une propriété transmissible en dehors de l'industrie qu'elle a couverte, il n'en est pas de même du nom patronymique destiné à représenter la loyauté du marchand ; en tout cas, le nom cédé isolément, et en dehors de l'exploitation industrielle ou commerciale dont il a été l'accessoire, ne saurait être transformé en une étiquette menteuse et en un moyen de fraude envers les tiers ; autrement, il deviendrait loisible à tout spéculateur de pousser à outrance la concurrence et la fraude et de ruiner, au moyen d'une similitude de nom, la réputation des plus honorables établissements, en jetant sur le marché des masses de produits défectueux placés sous la protection d'un nom favorisé ; il y a par suite concurrence déloyale dans le fait, par un négociant, de louer à prix d'argent l'usage du nom d'un tiers, en vue d'établir, au moyen de la similitude du nom,

(1) Blanc, p. 725 ; dans le même sens : Rendu, *Marques de fabrique*, n° 417, p. 260.

(2) D'après l'article 23 du code de commerce allemand : « Est interdite l'aliénation d'une raison de commerce séparée du fonds auquel elle appartient. »

une confusion entre ses produits et ceux d'un concurrent homonyme (Poitiers, 12 août 1856, Le Hir, 1858, 2, 94) (1).

Mais il faut bien observer que ces décisions ne portent en aucune façon atteinte au principe de la liberté commerciale. Comme le dit fort bien M. Lyon-Caen : « En interdisant au cessionnaire (société ou individu) de faire, dans un but de concurrence déloyale, un commerce sous le nom cédé, les tribunaux ne lui ont pas interdit d'exercer ce commerce, puisqu'il pouvait toujours le faire sous son nom véritable. On peut même dire que l'interdiction prononcée dans les cas de ce genre constitue une sorte d'application d'un principe que nous croyons exact, bien qu'à la vérité il ne soit pas formellement proclamé par nos lois qui, du reste, n'ont pas traité de la propriété du nom commercial en général : le nom commercial ne peut pas être cédé isolément du fonds de commerce auquel il se rattache (2). Une cession isolée ne peut que favoriser la concurrence déloyale. » (3).

SECTION II

Pseudonymes.

43. La confusion peut être réalisée entre des établissements ou des produits, non seulement au moyen de noms véritables, mais aussi au moyen de noms fictifs tels qu'un pseudonyme.

On applique aux pseudonymes les règles que nous avons indiquées pour les noms patronymiques réels ; il n'y a pas de raison de distinguer. Le commerçant, dans le cercle de ses opérations commerciales, peut prendre un nom de son choix ; ce surnom devient pour lui une sorte de nom additionnel, spécial, et la loi le reconnaît et le protège. En définitive, en protégeant le nom quel qu'il soit, la loi écarte les tentatives de détournement de clientèle. Un pseudonyme constitue donc une propriété comme le nom véritable.

(1) Dans le même sens : Besançon, 30 novembre 1861, Le Hir, 1862, 2, 521.

(2) Le projet de loi actuellement soumis au Sénat consacre cette opinion dans son article 18 § 2 :

« La propriété du nom commercial ou de la raison de commerce ne peut être cédée qu'avec le fonds lui-même et jusqu'à extinction dudit fonds. »

(3) Sirey, 1878, 1, 289, note ; *J. Pal.*, 1878, 737, note.

Voici quelques applications faites par la jurisprudence.

Lorsqu'un industriel est en possession d'un pseudonyme et en fait usage couramment, il n'est pas permis à un individu qui porterait ce nom, même réellement, d'exploiter cette similitude de noms en l'apportant par exemple, comme seul apport, dans une société ; il sera interdit aux associés de faire usage de ce nom (Paris, 19 janvier 1858, Teulet, 7, 115).

Le fabricant qui a adopté un nom autre que le sien, comme marque de fabrique, peut s'opposer à ce qu'un autre fabricant portant véritablement le même nom, s'en serve d'une manière identique et de telle sorte qu'il y ait confusion : il a été ordonné dans ce cas au fabricant poursuivi de changer sa marque, soit en modifiant la forme du dessin contenant le nom, soit en ajoutant son prénom, afin qu'il y ait une différence complète avec la marque du concurrent (Paris, 20 août 1863, Pat., 1864, 318).

Enfin, un pseudonyme devient une propriété au profit de celui qui lui a donné une certaine célébrité, aussi bien dans les arts que dans l'industrie. Ainsi, il a été décidé qu'il y avait concurrence déloyale dans le fait d'un directeur de théâtre, d'annoncer et de faire paraître sous le même pseudonyme un artiste autre que celui qui en a fait usage le premier (Trib. comm. Seine, 17 juillet 1867, Pat., 1867, 303 ; Paris, 30 décembre 1868, Pat., 1869, 48).

SECTION III

Noms de localités.

44. La loi du 28 juillet 1824 atteint non seulement celui qui a apposé sur des produits fabriqués le nom d'un fabricant ou une raison commerciale d'une manière mensongère, mais encore celui qui y a apposé le nom d'un lieu autre que celui de la fabrication. S'il y a eu indication mensongère d'un lieu de fabrication autrement que par apposition sur les produits, il n'y a pas lieu à une poursuite correctionnelle, car la loi de 1824 ne s'applique plus, mais il peut y avoir lieu à l'action civile en concurrence déloyale. Il en sera ainsi, par exemple, au cas où l'indication d'un nom de localité a été placée sur une enseigne ou sur des prospectus. L'usurpation d'un nom de localité constitue donc, selon que le nom usurpé a été apposé sur des produits ou non, tantôt un délit

réprimé par la loi du 28 juillet 1824, tantôt un simple acte de concurrence déloyale, si cette usurpation a été commise par un fabricant en vue de créer une confusion entre ses produits et ceux d'un concurrent. Cette distinction n'est pas rationelle (1). D'ailleurs, la partie lésée peut toujours se borner, au lieu de poursuivre la répression des faits devant les tribunaux correctionnels, à demander des dommages-intérêts devant la juridiction civile ou commerciale.

La jurisprudence a décidé qu'il y avait acte de concurrence déloyale à annoncer et à vendre un produit en le présentant comme fabriqué dans une localité autre que sa véritable provenance (Orléans, 20 janvier 1864, Pat., 1865, 256 ; Limoges, 30 juillet 1864, Pat., 1865, 57 ; Douai, 6 juillet 1876, Pat., 1876, 317 ; Trib. comm., Seine, 19 nov. novembre 1881, Pat., 1883, 47).

Par application de la même idée, on a vu un acte de concurrence déloyale dans le fait qu'un fabricant faisait apparaître le nom d'un lieu de fabrication, même précédé de la mention d'ailleurs écrite en abrégé et en lettres minuscules : *fabriqués comme à...* Ces mots en effet ne peuvent effacer la concurrence déloyale, parce qu'ils laissent subsister la confusion (Trib. com. Nantes, 12 mars 1880, Pat., 1883, 357).

Il a été décidé de même que le nom de *Chartreuse*, appliqué à des liqueurs, n'étant pas la désignation générique d'une certaine espèce de liqueur, mais l'indication des liqueurs spéciales fabriquées à la Grande-Chartreuse, il y a usurpation de nom de lieu de fabrication, prohibée par la loi du 28 juillet 1824, et tout au moins un acte de concurrence déloyale dans le fait d'employer le mot de *Chartreuse* pour désigner une liqueur ne provenant pas de la Grande-Chartreuse. Il en est ainsi, alors même que le fabricant aurait fait suivre cette dénomination de localité de son propre nom et de la mention : *Ne pas confondre avec la Grande-Chartreuse* (Trib. civ., Seine, 23 avril 1879, Pat., 1879, 327).

Il a été jugé au contraire qu'il n'y avait ni usurpation de marque, ni concurrence déloyale à mettre sur des carreaux la désignation *près Massy*, bien qu'un autre fabricant ait antérieurement adopté comme marque le mot *Massy*, si d'ailleurs il est re-

(1) Le projet de loi soumis au Sénat tend à la faire disparaître avec juste raison ; les termes de l'art. 14 § 1er sont en effet absolument généraux :

« Nul n'a le droit de se servir du nom d'un lieu de fabrication ou de production pour désigner un produit fabriqué dans une autre lieu. »

Voir *infrà*, p. 48 et s.

connu que dans l'usage on donne le nom de *carreaux de Massy* aussi bien à ceux qui se fabriquent aux environs de Massy, qu'à ceux qui se fabriquent à Massy même (Paris, 3 juin 1859, Pat., 1859, 216).

La question que nous venons d'examiner a une telle importance (1) que nous ne pouvons passer sous silence les dispositions qui y sont relatives dans le projet actuellement soumis au Sénat.

Déjà, en 1824, le rapporteur de la loi en discussion à la Chambre des Députés constatait la multiplicité des fraudes commises au moyen de l'indication mensongère des lieux de fabrication. Non seulement elles causent un préjudice grave à la réputation industrielle des centres de fabrique renommés, mais elles introduisent encore, ajoutait-il, dans le commerce le dol et la mauvaise foi, en trompant le consommateur qui, privé des connaissances nécessaires pour bien juger l'objet qu'on lui présente, s'en rapporte au nom qu'il y voit inscrit, et, sous cette perfide apparence, le paye souvent bien au-delà de sa vraie valeur ; cette fraude est devenue si commune, et la sécurité de ceux qui s'y livrent si parfaite, qu'on serait tenté de croire qu'il n'existe point de lois de répression, surtout quand on voit dans des circulaires imprimées et revêtues de signatures à la main, annoncer tout simplement au commerce que l'on fabrique dans tel endroit des produits qu'on se propose de présenter sous la marque de tel autre lieu auquel se rattache une grande célébrité.

Depuis cette époque la situation a si peu changé qu'on serait tenté de croire que ces observations datent d'hier.

Et dans son rapport, M. Dietz-Monnin ajoute : « Si, déjà en 1824, les fraudes commises en matière de lieu de fabrication, donnaient naissance à des plaintes si justement exprimées, que ne serait-on en droit de dire aujourd'hui où une branche importante de l'industrie et du commerce s'est acquis la triste spécialité de fabriquer et d'encombrer les marchés d'articles (articles de Paris) vendus avec des indications mensongères de lieu de fabrication ou production. »

Pour réprimer de semblables manœuvres, qui depuis trop longtemps jouissent de l'impunité, la proposition dispose dans son article 14 que :

(1) La Cour de Cassation est actuellement saisie de cette question en ce qui concerne les noms *Cognac* (pour les eaux-de-vie) et *Champagne* (pour les vins mousseux).

« Nul n'a le droit de se servir du nom d'un lieu de fabrication ou de production pour désigner un produit fabriqué dans un autre lieu, sauf pour l'ayant-droit la faculté d'apposer le nom de son établissement principal sur les produits fabriqués en France par lui ou pour son compte dans une autre localité française.

« Est réputé lieu de fabrication la ville, la localité, la région ou le pays dont le nom donne au produit sa renommée.

« Ce nom appartient collectivement à tous les fabricants ou producteurs de ladite ville, localité, région ou pays. »

Cet article, par la rédaction impérative et générale de son premier paragraphe, permettrait d'atteindre efficacement les fraudeurs, que l'usurpation du nom de lieu de fabrication ait lieu par apposition sur des produits ou seulement sur des circulaires ou autres papiers.

Il était cependant indispensable d'apporter un tempérament à la défense édictée au début de l'article, est-il dit dans le rapport. Dans plusieurs industries, en effet, il arrive que certains articles sont ébauchés ou même complétement terminés dans des localités diverses, se trouvant dans un rayon déterminé autour d'un lieu renommé de fabrication. Le principe posé dans l'article ne recevrait son application rigoureuse que dans les seuls cas où la mention fausse d'un lieu de fabrication aurait pour but de donner au produit un surcroît de valeur.

Il arrive fréquemment aussi que des industriels possèdent dans divers points quelquefois fort éloignés, des manufactures dans lesquelles sont produits des articles similaires. En autorisant ces industriels à apposer sur de semblables produits le nom de leur établissement principal, toute liberté est laissée à un fabricant d'installer autant de succursales de son industrie qu'il voudra, tout en conservant intacte sa renommée.

« Mais, ajoute le rapporteur, la proposition de loi n'accorde pas la même faculté au fabricant qui importe en France des objets fabriqués par lui ou par des tiers, à l'étranger, car ce serait aller trop loin qu'autoriser l'inscription d'un nom de lieu de fabrique française sur des objets de fabrication étrangère. »

La question de l'introduction en France des produits étrangers ne rentre pas directement dans le cadre de notre étude ; nous en dirons seulement quelques mots. Cette question, qui intéresse au plus haut point la prospérité de l'industrie nationale, est l'une des préoccupations du moment. M. Dietz-Monnin y fait seulement

allusion dans le passage que nous venons de citer, mais il y revient et la traite longuement et en détail plus loin, lorsqu'il parle de l'article 23 de la proposition, article ainsi conçu :

«Tous produits étrangers, portant soit sur eux-mêmes, soit sur des enveloppes, bandes ou étiquettes, une marque, un nom, ou une mention de nature à faire croire qu'ils ont été fabriqués en France, sont prohibés à l'entrée, exclus de l'entrepôt, doivent être saisis, confisqués en quelque lieu que ce soit, soit à la diligence de l'Administration des douanes, soit à la requête du Ministère public ou de la partie lésée, lors même qu'ils auraient été expédiés sur l'ordre ou du consentement de l'ayant droit résidant en France.

«La présente prohibition s'applique également :

1° Aux produits étrangers portant le nom d'un lieu ou d'une région de fabrication française ;

2° Aux produits étrangers fabriqués dans une localité de même nom qu'une localité française, qui ne porteront pas, en même temps que le nom de ce lieu de fabrication, le nom du pays d'origine.

« Sont exceptés les produits étrangers, lorsque les marques et désignations ci-dessus seront accompagnées en caracteres apparents de la mention *Importé*.»

Cet article est l'un des plus importants et celui qui préoccupe le plus la production nationale ; la proposition primitivement soumise au Sénat ne visait précisément que les points réglés dans ce texte.

Il a pour but de mettre fin aux controverses qu'ont soulevées dans ces dernières années la loi du 24 juillet 1824 et l'article 19 de la loi du 23 juin 1857.

Cet article contient l'une des principales innovations de la proposition, c'est la mention *importé* dont tous les produits portant une marque, un nom ou une mention française ou d'apparence française devront être revêtus pour pouvoir pénétrer en France.

« Cette disposition, loin d'être un obstacle, dit M. Dietz-Monnin, à l'introduction en France, de produits étrangers, elle facilitera par la sécurité qu'elle donnera aux importateurs loyaux et sincères.

« La brièveté, la simplicité de ce terme et sa facile compréhension pour tout le monde en rendent l'usage facile.

« Ensuite, sa généralité ne constitue aucun danger pour le négo-

ciant ou le fabricant importateur, qui, sans être obligé de dévoiler l'origine réelle de ses achats, ne fait qu'indiquer loyalement leur provenance étrangère. »

Pour ne pas trop nous écarter de notre sujet nous ne présenterons pas de plus amples observations sur cet important article dont l'étude détaillée comporterait de trop longs développements

Nous avons supposé jusqu'ici une fausse indication de provenance des produits. Envisageons maintenant d'autres hypothèses, celles où l'industriel a indiqué l'origine réelle de ses produits ou la situation véritable de son établissement, et demandons-nous s'il peut y avoir là, dans certains cas, une concurrence déloyale.

Il est clair que le fait ne pourra pas tomber sous l'application de la loi de 1824, car on n'a pas désigné un lieu autre que celui de la fabrication. Il semble aussi qu'il ne puisse y avoir concurrence déloyale, car aucune allégation mensongère n'a été produite ; d'autre part, l'indication de localité n'a pu avoir souvent d'autre but que de faire connaître l'adresse du commerçant, et c'est un droit incontestable pour un commerçant de faire savoir à sa clientèle où se trouve sa maison. On est donc conduit à penser que tous ceux habitant la même localité, le même quartier, la même rue, jouissent d'un droit égal de faire connaître leur maison. Tel est bien le principe, mais il peut recevoir des exceptions. Il peut se faire que le nom de la rue ou de la localité pris par un commerçant comme enseigne ou comme désignation de sa maison soit tellement incorporé dans l'enseigne qu'il devienne pour lui une propriété exclusive ; alors celui qui a pris le premier ce nom pour enseigne, est en droit d'empêcher qu'un concurrent ne prenne après lui cette même désignation pour enseigne. Sans doute, les concurrents ne seront pas privés du droit d'indiquer leur adresse dans cette rue ou dans cette localité, mais ils ne pourront en faire la substance même de leur enseigne.

D'où la décision suivante : un négociant en charbon ayant pris pour enseigne les mots *Entrepôt d'Ivry*, un concurrent ne pourrait désigner sa maison par l'enseigne : *Chantier du Grand-Ivry*, ou *Chantier du Pont-d'Ivry*. Les tribunaux peuvent obliger ce concurrent à supprimer le mot Ivry de ses tarifs, factures, papiers de commerce, mais en tant seulement qu'il est employé dans le titre de sa maison (Trib. comm. Seine, 1er mars 1884, Pat., 1886, 247).

SECTION IV.

Dénominations de produits.

45. La dénomination d'un produit est le nom sous lequel il est connu du public. Elle n'est protégée en thèse générale par aucune loi, mais seulement par les règles de la concurrence déloyale. Exceptionnellement, elle se trouve protégée dans deux hypothèses, mais d'une façon indirecte.

La première est celle où le produit se trouve lui-même l'objet d'un droit privatif, c'est-à-dire d'un brevet d'invention. Dans ce cas, le propriétaire du brevet pendant toute sa durée a un droit exclusif sur le produit et par suite sur sa désignation elle-même, que celle-ci soit d'ailleurs tirée du nom de l'inventeur, ou qu'elle soit une qualification arbitraire (1).

Ainsi les tribunaux ont interdit de désigner sous le nom de *Rakachou* un produit analogue à celui breveté sous le nom de *Racahout des Arabes ;* ils ont défendu à un individu nommé Roux d'appeler *Paraguay-Roux* un produit déjà breveté sous le nom de *Paraguay* (Trib. comm. Seine, 8 juin 1829).

La seconde hypothèse où une dénomination peut être indirectement protégée est celle où elle a été prise pour marque de fabrique. Alors on applique les pénalités édictées par la loi du 23 juin 1857. Mais il faut pour cela qu'aux termes de l'article 2 de cette loi, la dénomination ait été déposée en double exemplaire au greffe du tribunal de commerce du domicile de celui qui veut s'en assurer la propriété à titre de marque. De plus, il n'y a contrefaçon aux termes de la loi pénale, qu'autant que la marque est apposée sur les produits eux-mêmes (Loi de 1857, art. 7).

La loi n'assure donc expressément une protection aux dénominations commerciales que dans des hypothèses spéciales et limitées. En dehors de ces cas, c'est-à-dire lorsque le produit est dans le domaine public, que la dénomination n'est pas déposée comme marque, ou si elle sert de marque, qu'elle n'a pas été apposée sur l'objet mis dans le commerce, sur son enveloppe ou sur son contenant, on reste sous l'empire du droit commun. Le droit commun, c'est l'application des règles de la concurrence déloyale, règles qui sont générales et qui s'appliquent de quelque

(1) Calmels, *Des noms et marques de fabrique,* nº 192, p. 120.

manière qu'il ait été fait usage de la dénomination incriminée, que ce soit dans des prospectus, annonces, affiches, ou même verbalement pour attirer le public. L'action en concurrence déloyale, basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, et donnée au commerçant qui voit prendre ou imiter par un concurrent la dénomination qu'il a déjà adoptée, lui permettra d'obtenir la suppression de la dénomination qui lui cause un préjudice et en même temps, s'il y a lieu, des dommages-intérêts (1).

Le fait qu'un commerçant fait usage d'une dénomination déjà employée par un autre ne donnera pas toujours ouverture à l'action en concurrence déloyale. Il est des objets, en effet, qu'on ne peut désigner clairement que par un seul nom ; on ne s'expliquerait pas un droit de préférence ou de priorité existant sur ce nom. D'autres fois, au contraire, la dénomination employée a été imaginée par l'industriel pour distinguer l'objet qu'il fabrique, des produits similaires vendus par d'autres ; il y a là quelque chose de personnel susceptible d'appropriation privée.

Il faut donc distinguer deux sortes de dénominations de produits, les désignations *nécessaires* ou *génériques* et les désignations *arbitraires* ou *de fantaisie*.

Les premières consistent dans l'emploi de mots tirés du langage vulgaire, ou bien ce sont des expressions tombées dans le domaine public depuis un temps tellement long qu'elles appartiennent réellement à la langue française. La *désignation nécessaire* est donc l'expression la plus simple et la plus naturelle que l'on puisse employer pour nommer un objet ou pour en faire connaître les mérites. De tels noms appartiennent évidemment à tous. Si l'on voulait contraindre les fabricants à chercher des expressions équivalentes, on nuirait à leur commerce ; en effet, l'emploi d'un nom qui désignerait moins exactement le produit tombé dans le domaine public laisserait supposer aux acheteurs que le produit n'est pas composé d'après les procédés de l'inventeur ou bien qu'une autre maison possède encore des droits exclusifs sur ce produit.

Les autres désignations, celles dites *de fantaisie*, ne sont pas soumises aux mêmes règles. Celles-ci sont, soit des noms qui n'appartiennent pas à la langue française, soit des noms qui,

(1) D'après le projet de loi soumis au Sénat, l'action basée sur l'art. 1382 sera réfusée à celui qui n'aura pas fait le dépôt de la dénomination comme marque de fabrique. Voyez *suprà*, p. 11.

empruntés à notre langue, deviennent par leur combinaison et leur application, des désignations nouvelles et originales. Elles sont l'objet de droits privatifs, et celui qui s'en est servi une première fois peut interdire à quiconque de s'en servir par la suite.

Nous allons examiner les applications que la jurisprudence a faites de cette distinction.

Voici d'abord des hypothèses où les tribunaux ont décidé que la désignation était générique ou nécessaire. On y remarquera que le seul fait d'employer une désignation de cette nature ne constitue pas par lui-même un acte de concurrence déloyale et est parfaitement licite, mais que cette faculté laissée à chacun d'en faire usage n'exclut pas absolument l'action en concurrence déloyale, au cas où elle aurait dégénéré en fraude, si par exemple la désignation employée est déjà connue et ne peut être remplacée par d'autre, il faut que le fabricant ait au moins le soin de différencier son produit de celui des autres fabricants au moyen des étiquettes, boîtes et enveloppes.

Ainsi, la Cour de cassation a décidé que le droit de tout pharmacien de fabriquer et d'exploiter un médicament qui est dans le domaine commun de la pharmacie emporte avec lui la faculté de l'annoncer et de le débiter sous les dénominations qui sont devenues, dans l'usage, la désignation de ce médicament, à la charge seulement de ne pas induire le public en erreur sur la provenance des produits, et de ne pas en faire un moyen de concurrence déloyale (Cass., 29 mai 1861, Pat., 1861, 225).

Il a été jugé aussi que la dénomination de *phospho-guano* étant tombée dans le domaine public, l'emploi qu'en ferait un commerçant dans ses prospectus et annonces ne constitue une concurrence déloyale qu'autant que cet emploi serait accompagné de faits contraires à la loyauté commerciale (Trib. comm. Seine, 11 août 1875, Pat., 1875, 323) (1).

Ce n'est pas seulement le mot désignant l'objet lui-même qui peut être considéré comme désignation nécessaire ; ce peut être aussi un adjectif, ou un autre mot qualifiant le premier. Il a été décidé fréquemment que l'indication de qualités spéciales par l'emploi d'une expression usuelle ne peut engendrer un droit privatif et qu'il n'y a pas de concurrence déloyale à reproduire cette qualification. On peut voir notamment : Trib. comm. Seine,

(1) Voir aussi : Cass., 22 juin 1869, Sir., 1869, 1, 426 (*Châles Ternaux*).

19 août 1852, Teulet, 1, 441 ; Paris, 1er juillet 1854, Teulet, 2, 323 (*cartes opaques*) ; Nancy, 7 juillet 1855, Pat., 1855, 105, Dev. et Car., 1855, 2, 581 (*corsets sans coutures*) ; Colmar, 16 juin 1857, Pat., 1858, 216 (*toiles-ménage*) ; Trib. comm. Seine, 6 août 1858, Pat., 1858, 400 (*benzine parfumée*) ; Trib. comm. Seine, 13 octobre 1859, Pat., 1859, 420 (*corset plastique*) ; Trib. de Lille, 15 juillet 1884, Douai, 13 avril 1885, *Droit indust.*, 1886, 8 (*acier extra dur, spécial très dur, extra mi dur, extra tenace dur*).

Ont été au contraire considérés, comme dénominations de pure fantaisie dont l'usurpation constitue un acte de concurrence déloyale, les mots : *Pâtes de la Passion* ou *pâtes religieuses* (Trib. comm. Marseille, 30 octobre 1867, Pat., 1867, 366) ; *obus explosible* (Nancy, 26 mai 1883, Pat., 1883, 279).

La concurrence est déloyale lors même que le concurrent a traduit la dénomination du produit en langue étrangère (Trib. comm. Seine, 30 mai 1862, Pat., 1862, 239).

Il n'est même pas nécessaire de reproduire exactement la dénomination de fantaisie pour qu'il y ait concurrence déloyale, il suffit que l'on ait employé une expression analogue pouvant être confondue avec celle précédemment adoptée par un autre industriel.

Ainsi, la dénomination de *nouveau café des dames* a été considérée comme une imitation de *café des dames* (Trib. com. Seine, 30 mai 1834, *Gaz. Trib.*, 31 mai). On a jugé aussi qu'il y avait concurrence déloyale de la part d'un concurrent à mettre sur ses étiquettes : *Aux vrais gourmets*, alors qu'un autre négociant a adopté antérieurement la dénomination de *Café des gourmets* (Trib. comm. Seine, 13 août 1857, Pat., 1858, 155).

On peut citer encore : Seine, 8 juin 1852, Paris, 14 mars 1853, Teulet, 1, 258 et 2, 227 (*Gazogène* et *Gaz hygiène*) ; Paris, 22 mars 1855, Pat., 1855, 40 (*Revalenta* et *Revalenta arabica*) ; Seine, 30 septembre 1859, Paris, 18 juillet 1861, Teulet, 9, 59, et 10, 439 (*Vinaigre de Bully* et *Vinaigre de Baldy*) ; Paris, 15 novembre 1862, Teulet, 12, 90 (*L'eau de la Floride* et *l'eau de la Fluoride*).

Nous avons vu qu'un fabricant peut se servir de son nom pour désigner un produit et que l'emploi de ce nom par une autre personne constitue en principe un acte de concurrence déloyale. Mais on peut supposer aussi qu'un fabricant, au lieu de donner son propre nom à un produit, emploie pour le désigner le nom patronymique d'une autre personne, ou même qu'il a fait un dépôt pour

se servir de ce nom comme d'une marque. Lorsque l'on donne à un produit le nom d'une personne complètement étrangère à la fabrication ou au commerce de ce produit, cela constitue une véritable désignation arbitraire et de fantaisie pouvant constituer une marque, indépendamment de la forme ou de la disposition qu'elle affecte. Il faut toutefois remarquer que l'emploi du nom d'autrui n'est permis qu'avec l'autorisation de celui qui le porte, ou, après sa mort, de ses ayants droit. Il nous semble que celui qui adopterait à un produit le nom d'autrui, dont un fabricant fait déjà licitement usage, bien qu'il ne l'ait pas déposé à titre de marque, commettrait un acte de concurrence déloyale ; il en serait de la reproduction de cette désignation, comme de celle de toute autre désignation.

Cependant, la jurisprudence a décidé que l'emploi de la même désignation pour un produit analogue ne saurait, à lui seul, constituer un acte de concurrence déloyale ; dans l'espèce, des fabricants ayant obtenu de Lamartine le droit de donner à une liqueur le nom d'*Elixir Lamartine*, un concurrent avait pris, pour un produit similaire, la désignation de *Liqueur Lamartine* (Paris, 13 novembre 1861, Pat., 1861, 414).

M. Pataille critique très justement cet arrêt : « En fait, dit-il, il est incontestable que le nom de *Lamartine* donné à une liqueur était une désignation toute de fantaisie, et que c'était le demandeur qui le premier avait fait usage de cette désignation ; et cela suffisait selon nous pour lui donner le droit d'actionner devant la juridiction civile ou commerciale toute personne qui, en prenant la même désignation, faisait, quoi qu'on en ait dit, un acte de concurrence déloyale. »

M. Pouillet admet la même doctrine : « Les noms ainsi employés, dit-il, deviennent une véritable propriété, non plus comme titres ou modes d'appellation personnelle, mais comme marques commerciales. Le nom, dans ce cas, constitue une véritable dénomination, protégée en elle-même et sans qu'il y ait lieu de tenir compte de sa forme distinctive. Ce n'est plus, en réalité, un nom d'individu c'est une appellation de produit, appellation arbitraire et toute de fantaisie. L'application à un objet d'un nom complètement étranger à sa fabrication ou à son commerce constitue une alliance d'idées suffisamment bizarres et capricieuses, sans qu'il soit besoin de signes accessoires, d'empreintes et d'encadrements qui lui donnent un cachet particulier » (1).

(1) Pouillet, *loc. cit.*, n° 63.

SECTION V

Enseigne.

46. Nous avons étudié les désignations appliquées aux produits; nous allons parler maintenant de celles qui sont relatives aux établissements. L'enseigne sert précisément à caractériser un établissement industriel. On peut la définir « toute désignation facultative, soit nominale soit emblématique, apposée d'une manière apparente à l'établissement, pour le distinguer de tout autre » (1).

Dans un arrêt de la Cour de cassation, nous lisons que l'enseigne est le signe indicateur d'un établissement industriel ou d'un fonds de commerce (21 déc. 1853, *Gaz. des Trib.*, 16 juillet 1854).

L'enseigne, disons-nous, est nominale ou emblématique. Elle est nominale quand elle contient une dénomination ou le nom du fabricant. Elle est emblématique lorsqu'elle consiste dans un objet apposé devant l'établissement, ou dans un tableau représentant un sujet quelconque ou tout autre signe.

L'enseigne est une désignation facultative, c'est-à-dire qu'elle n'est pas une dénomination nécessaire et forcée de l'établissement, comme peut l'être un écriteau ou une inscription indiquant la profession ou le numéro de la maison. Tandis qu'il peut y avoir concurrence déloyale à reproduire ou à imiter une enseigne, il n'y a pas en général de concurrence déloyale possible par l'indication de la profession ou du numéro de la maison. Cependant, si un industriel avait disposé le numéro d'une façon tout à fait saillante et particulière, il y aurait concurrence déloyale de la part de celui qui, venant de s'établir dans la même maison, disposerait le numéro de la même manière (Toulouse, 24 décembre 1833).

Il faut bien distinguer l'enseigne des marques et étiquettes. Tandis que l'enseigne sert à faire reconnaître la maison de com-

(1) A Rome, l'enseigne était connue sous le nom de *Signum*. On y indiquait par une figure emblématique la nature du commerce. Ainsi à Pompéi on a trouvé une enseigne de cabaret en terre cuite, représentant deux hommes portant une amphore, et une enseigne de laitier où l'on voit un enfant qui trait une vache. (Anthony Rich, *Dictionnaire des antiquités romaines et grecques*, trad. par Cheruel, voir *Signum*, 3).

Sans remonter aussi loin, on sait qu'autrefois, à défaut de noms de rues et de

merce, les marques et étiquettes sont des signes qui servent à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce. La marque a pour but de garantir la source, l'origine du produit, et elle est l'objet d'une protection spéciale lorsqu'elle a été déposée conformément à la loi ; en l'absence de cette formalité, il n'y a qu'une simple étiquette.

Il faut distinguer aussi l'enseigne de la raison sociale. On entend par cette expression la réunion des noms, soit de tous les associés, soit de plusieurs d'entre eux, servant à désigner la société en tant qu'être moral distinct de la personne des associés (1).

L'enseigne constitue au profit de l'industriel une propriété très importante à laquelle on ne peut porter atteinte ni directement, ni indirectement. La propriété de l'enseigne a été reconnue par l'ancien droit, et notamment par un arrêt du Parlement de Paris du 12 août 1648 (Merlin, V° *Enseigne*). Mais c'est une propriété qui présente des caractères particuliers.

Le droit sur l'enseigne n'est pas un droit absolu, comme l'est d'ordinaire la propriété, c'est plutôt un droit relatif. Le droit sur l'enseigne est attaché à la possession de l'enseigne, non à la possession du signe matériel de l'enseigne, du tableau, par exemple, mais à la possession réelle en tant qu'elle sert d'une façon constante à individualiser et à désigner un fonds de commerce d'une façon spéciale. La propriété de l'enseigne se conserve par la possession. Elle n'est propriété qu'autant qu'elle sert à rallier une clientèle. Mais si le commerçant quitte les affaires sans céder sa maison à qui que ce soit, s'il abandonne en d'autres termes sa clientèle, il cesse d'avoir un droit sur l'enseigne, et comme une *res nullius* elle peut devenir de nouveau la propriété du premier occupant. Ainsi, tandis que la propriété ne peut en principe se perdre par le non-usage, il en est tout autrement de la propriété de l'enseigne. « Une enseigne, disait Gastambide, n'est pas une création appartenant à son auteur en vertu du droit de création ; elle n'est pro-

numéros de maisons, les enseignes avaient beaucoup d'importance. Tantôt l'enseigne était peinte sur de grands tableaux dont quelques-uns furent même des œuvres d'art ; tantôt c'étaient des statues de pierre ou de bois ou des bas-reliefs ; d'autres fois, c'étaient des panneaux volumineux et encombrants, en bois ou en fer, qui avançaient au milieu des rues étroites et leur donnaient souvent une physionomie des plus pittoresques que quelques vieilles villes ont encore en partie gardée.

(1) Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, tome Ier, n° 294, p. 145-146.

priété qu'en vertu d'une possession liée à l'existence d'une clientèle. Le jour où il n'y a plus ni clientèle ni possession, l'enseigne n'est plus une propriété » (1).

Ainsi, l'abandon de l'enseigne en fait perdre la propriété. Mais ceci ne s'applique qu'à l'enseigne emblématique ; le signe constituant l'enseigne cesse d'être possédé à titre exclusif, lorsque le propriétaire cesse toute exploitation sans transmettre son fonds à un successeur. Comme le dit M. Rendu, « ce qui était l'enseigne de l'industriel ne sera plus qu'un tableau et un cadre pour le non commerçant, et la faculté de reprendre le signe lui-même au point de vue industriel sera rendue à tous»(2). Le même principe ne peut s'appliquer à l'enseigne nominale ; le propriétaire d'une enseigne contenant son nom, s'il vient à cesser d'être commerçant, n'en perdra pas pour cela le droit exclusif qu'il a sur son nom.

La jurisprudence a appliqué ces principes dans mainte hypothèse. Elle a décidé qu'étant l'accessoire d'un fonds, l'enseigne cesse d'être une propriété particulière et tombe dans le domaine public, quand le fonds cesse d'exister ; que, par conséquent, il n'y a pas d'usurpation de la part de celui qui prend l'enseigne abandonnée et que l'ancien commerçant ne peut la revendiquer (Trib. comm. Seine, 29 mars 1844 ; *le Droit*, 30 mars. Trib. comm. Seine, 2 avril 1844. *Gaz. Trib.*, 3 avril ; Paris, 4 janvier 1837, *le Droit*, 5 janvier).

Les héritiers du commerçant ne peuvent pas davantage revendiquer l'enseigne dont un tiers s'empare, lorsqu'ils ne continuent pas le commerce ou qu'ils ne cèdent pas le fonds (Trib. civ. Seine, 9 décembre 1851, *le Droit*, 4 janvier 1852).

Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'abandon soit volontaire et irrévocable. L'enseigne ne tomberait pas dans le domaine public s'il résultait des circonstances que l'abandon, au lieu d'être définitif, n'est que temporaire. C'est ce qui a lieu lorsque la cessation de commerce est la conséquence d'un cas de force majeure, comme un incendie (Trib. civ. Seine, 14 octobre 1827, Gastambide, n° 492 ; Trib. comm. Seine, 7 septembre 1842, *le Droit*, 16 septembre), une crise politique, une expropriation pour cause d'utilité publique.

Puisque la propriété de l'enseigne est attachée à sa possession, c'est à celui qui en a eu le premier la possession qu'appartient le droit exclusif. Le droit sur l'enseigne s'acquiert par la possession ;

(1) Gastambide, p. 482.
(2) Rendu, *Marques de fabrique*, n° 479, p. 324.

celui qui l'a prise le premier peut défendre à un autre commerçant de prendre une enseigne semblable ou analogue (Aix, 22 mai 1829, *J. Pal.*, 1830, 1046 ; Lyon, 24 août 1876, *Jurisp. de la cour de Lyon*, 1877, p. 125). L'antériorité du droit sur l'enseigne se détermine par la date de son placement sur le magasin ; il ne suffirait pas d'avoir commandé des factures avec l'enseigne en question pour en-tête (Trib. comm. Seine, 11 septembre 1868, Pat., 1868, 296).

Maintenant que nous avons déterminé en quoi consiste le droit particulier de propriété d'une enseigne, il faut voir si c'est un droit mobilier ou immobilier. On est d'accord pour y voir un droit mobilier ; l'enseigne ne s'incorpore pas, par droit d'accession, à l'immeuble sur lequel on l'a placée. « L'enseigne, dit M. Pouillet, est chose essentiellement mobilière, tout à fait distincte de l'immeuble, et ne s'y incorporant qu'en ce sens qu'elle désigne le fonds de commerce exploité dans les lieux ; l'enseigne se confond, non avec l'immeuble, mais avec le fonds de commerce qu'elle rappelle au public ; l'achalandage n'est pas un bénéfice de l'immeuble, mais une conséquence de l'exploitation commerciale. Où est le fonds de commerce, là va l'enseigne » (1).

La jurisprudence s'est prononcée en faveur du caractère mobilier de l'enseigne ; l'hypothèse est généralement la suivante : Un individu prend à bail un immeuble disposé pour le commerce et qui a ou non été déjà utilisé comme tel. Il adopte une enseigne en s'établissant ou substitue une enseigne nouvelle à celle qui existait déjà. A-t-il le droit d'emporter avec lui son enseigne à la fin du bail ? La jurisprudence a décidé que oui, en se fondant précisément sur ce que l'enseigne est mobilière, qu'elle est l'accessoire et le nom commercial du fonds de commerce et qu'elle ne s'incorpore pas à l'immeuble sur lequel elle est placée. Elle a donc admis que le locataire pouvait emporter l'enseigne et la transférer au lieu de son nouvel établissement sans que le propriétaire de l'immeuble ait le droit de s'y opposer (Orléans, 18 août 1836, *J. Pal.*, 1837, 2, 406 ; Cass. 6 déc. 1837, *J. Pal.*, 1838, 1, 326 ; Cass., 21 décembre 1853, *Gaz. Trib.*, 16 juillet 1854, *J. Pal.*, 1854, 2, 349 ; Paris, 15 juillet 1854, Pat., 1856, 253 ; Paris, 3 juillet 1856, Pat. 1856, 253 ; Paris, 13 août 1878 ; Pat., 1879, 67).

Un jugement récent du tribunal de Chambéry décide égale-

(1) Pouillet, *Des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, n° 710, p. 675.

ment que le locataire a le droit d'emporter l'enseigne de son fonds de commerce, qu'il avait placée lui-même, et de plus que le propriétaire de l'immeuble ne peut en faire placer une semblable sans causer à son ancien locataire un préjudice que ce dernier a le droit de faire cesser (2 février 1887, *la Loi*, 9 avril).

Le locataire ne cesserait d'avoir le droit d'emporter son enseigne qu'au cas de convention contraire des parties, cas auquel on a pu décider que l'enseigne appartenait au propriétaire de l'immeuble (Trib. civ. Saint-Gaudens, 22 août 1881, Pat., 1881, 301).

Il y aurait lieu aussi de se demander si le locataire, en entrant dans les lieux loués, aurait le droit de changer l'enseigne qu'il y trouve. ce changement d'enseigne s'il était de nature à détruire l'achalandage de la maison, et par suite, à nuire à l'immeuble, pourrait rendre le locataire passible de dommages-intérêts (Paris, 15 juillet 1854. Pat., 1856, 253).

Le droit qu'on a sur une enseigne peut faire l'objet d'une aliénation ou cession, comme tout objet sur lequel on a un droit de propriété. L'enseigne peut être aliénée indépendamment du fonds auquel elle était attachée. Il y a lieu à une semblable cession quand, à la mort du propriétaire ou à la dissolution de la société, la maison de commerce cesse d'exister et n'a pas de successeur. En cédant ainsi l'enseigne, et on peut en dire autant de la marque, on évite qu'elle ne tombe dans le domaine public et ne devienne la propriété du premier occupant.

Mais le plus souvent l'enseigne est vendue en même temps que le fonds de commerce et suit le même sort que lui. Les tribunaux ont constamment décidé d'ailleurs que la vente d'un fonds de commerce emportait celle de l'enseigne et que, en l'absence d'une déclaration expresse des parties, l'enseigne devrait appartenir à l'acheteur du fonds. C'est conforme à la volonté probable de l'acheteur qui a pu prendre l'enseigne en considération. Mais une convention contraire peut fort bien être supposée. Voir notamment, comme application de ces principes : Paris, 19 novembre 1824, Gastambide, p. 481 ; Poitiers, 23 janvier 1844 et Rej., 14 janvier 1845, *J. Pal.*, 1845, 1,530 ; Angers, 8 novembre 1871, Pat., 1872, 352.

Telle est la nature du droit qu'un industriel a sur l'enseigne. C'est une propriété, et l'objet sur lequel elle porte peut être aliéné, mais c'est une propriété d'une espèce particulière, car elle s'acquiert et se conserve par la possession. Nous ne voulons pas dire par là qu'elle s'acquiert par la possession prolongée pendant

un certain temps, ce qui serait une prescription ; la prescription acquisitive est inapplicable ici, car l'enseigne est un meuble, et l'on sait que cette prescription ne s'applique qu'aux immeubles et aux droits réels immobiliers.

Comment est garanti ce droit ? Quelle action est donnée au propriétaire de l'enseigne lorsqu'il est porté une atteinte à son droit ? Ce n'est pas une action réelle. L'article 2279 du Code civil s'y oppose d'abord ; la maxime « *en fait de meubles, possession vaut titre* » s'entend en effet en ce sens que la revendication des meubles n'est pas admise dans notre législation, sauf ce qui est relatif au cas où la chose a été pendue ou volée. Puis, en admettant même que l'on aurait voulu apporter en cette matière une dérogation à cette règle, l'on n'aurait pas pu comprendre ici la possibilité d'une véritable action en revendication. La revendication est donnée au propriétaire qui a perdu la possession. Or, la propriété de l'enseigne est perdue précisément quand on a perdu la possession. La perte de la possession entraînant la perte du droit lui-même ne peut donc être la source d'une action au profit du propriétaire de l'enseigne ; c'est un point que nous avons déjà constaté. Donc, pas de revendication.

Pour que le propriétaire de l'enseigne soit protégé, il faut supposer au contraire qu'il en a conservé la possession et qu'une autre personne, empiétant sur son droit, copie ou imite l'enseigne de son concurrent. Le droit qui appartient au propriétaire de l'enseigne n'est pas de revendiquer, mais de faire supprimer toute enseigne présentant avec la sienne une similitude parfaite ou même quelque analogie. Ce n'est donc pas une action réelle, mais une action pessonnelle, basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, subordonnée par conséquent à l'appréciation d'un préjudice au moins possible, qui sert de sanction à ce droit de propriété. L'usurpation de l'enseigne est par conséquent suivant les cas, un délit civil ou un quasi-délit selon qu'il y a ou non intention frauduleuse ; elle constitue un acte de concurrence déloyale, dans le premier cas. Ajoutons qu'aucune loi spéciale ne réprime l'usurpation d'enseigne, comme celle des marques, du nom commercial ou des médailles. (1)

Toutes les règles de la concurrence déloyale s'appliquent donc au cas d'usurpation d'enseigne. Dès que le préjudice est possible et imminent, c'est-à-dire par cela seul qu'on peut craindre une

(1) La proposition de loi soumise au Sénat ne parle pas de l'enseigne et la laisse sous l'empire du droit commun. C'est un tort, à notre avis, il nous sem-

confusion entre l'établissement dont l'enseigne est usurpée et celui qui se l'approprie, l'action en concurrence déloyale est ouverte. Les magistrats doivent ordonner les mesures nécessaires pour prévenir la confusion avant même qu'il se soit produit des faits démontrant qu'elle a eu lieu.

De plus, puisque le droit de propriété sur l'enseigne a pour sanction l'action personnelle en concurrence déloyale, il faut dire qu'elle est soumise à deux conditions toujours exigées en cette matière, à savoir que l'usurpation soit le fait d'un négociant vendant des produits similaires et que la proximité des deux établissements rende la concurrence possible. Remarquons que les tribunaux se montreront d'autant plus sévères pour réprimer l'usurpation de l'enseigne que l'analogie entre les établissements sera plus complète et qu'ils seront situés plus près l'un de l'autre, car la possibilité d'une confusion se trouve augmentée à raison de ces circonstances.

La première condition pour qu'il y ait concurrence déloyale, réalisée au moyen de l'enseigne, c'est que la concurrence soit possible à raison de la similitude des industries. A ce point de vue, le propriétaire de l'enseigne n'a pas un droit absolu, car son droit ne va pas jusqu'à empêcher un autre commerçant, exerçant une branche d'industrie différente de la sienne, d'adopter la même enseigne. Pour avoir le droit de faire supprimer une enseigne semblable ou analogue à la sienne, il faut qu'il puisse en résulter une concurrence. Si aucune concurrence n'est possible, le propriétaire de l'enseigne ne peut alléguer aucun préjudice qui le menace. Ainsi, il a été jugé qu'il n'y avait pas analogie d'industrie entre un magasin de nouveautés et un magasin de confection pour hommes, et que par conséquent il n'y avait pas usurpation d'enseigne de la part de l'une des maisons à prendre l'enseigne déjà adoptée par l'autre (Bordeaux, 1er mars 1858, Pat., 1858, 396).

La seconde condition pour que le fait de se servir d'une enseigne soit un acte de concurrence déloyale, c'est que la concurrence soit possible à raison de la proximité des établissements. A ce point de vue encore, le propriétaire de l'enseigne n'a pas un droit absolu, car la propriété de l'enseigne est restreinte à la

ble qu'il eût été bon de placer dans cette proposition une disposition établissant, d'une façon certaine et indiscutable, les droits que l'on peut avoir sur une enseigne et les moyens de les faire respecter ; ce serait prévenir les difficultés pouvant résulter d'une variation de jurisprudence.

localité, quelquefois même au quartier dans lequel l'établissement commercial est situé. Les motifs en sont très exactement donnés par M. Pouillet : « L'enseigne, dit-il, est le signe qui désigne la maison au consommateur, c'est-à-dire au client direct, immédiat, et par suite la confusion n'est pas possible de ville à ville, surtout lorsqu'il s'agit de localités très éloignées l'une de l'autre. Il arrivera même quelquefois, par une suite naturelle du même principe, que la propriété sera restreinte à un quartier, à une rue, le juge devant toujours se décider d'après le plus ou moins de possibilité de la confusion » (1).

On peut tirer de là deux conséquences.

La première, c'est que la propriété d'une enseigne ne donne pas le droit, en général, d'empêcher un concurrent de prendre la même enseigne dans une autre localité. Il a été jugé qu'un photographe de Paris, ayant pris pour enseigne *Photographie Hélios*, ne peut empêcher qu'un concurrent ne prenne la même enseigne dans une autre ville, à Troyes, dans l'espèce (Paris, 21 juillet 1869, Pat., 1870, 290) (2). Ce que nous venons de dire d'enseignes situées dans deux villes différentes peut souvent aussi être dit d'enseignes situées dans deux quartiers de la même ville (Paris, 17 mars 1870, Pat., 1870, 293).

La seconde conséquence, c'est que le propriétaire d'une enseigne peut se voir lui-même faire défense de s'en servir, s'il veut établir une succursale dans une autre localité où pareille enseigne est déjà employée (Douai, 31 mars 1843, *J. Pal.*, 1846, 2, 166; Paris, 26 mars 1870, Pat., 1870, 290).

Nous venons de dire que la propriété d'une enseigne est en général restreinte à la localité et que l'on n'a pas le droit d'empêcher un concurrent de prendre la même enseigne dans une autre localité. C'est là la conséquence de ce qu'il faut qu'il y ait concurrence pour qu'une action en concurrence déloyale soit possible. Mais s'il se trouvait qu'il y eût concurrence possible de ville à ville entre les deux établissements, la similitude d'enseignes serait une concurrence déloyale. Tout dépendra des circonstances, car c'est uniquement une question de fait. Il pourra en être ainsi, lorsque la maison dont l'enseigne est imitée, jouissant d'une grande notoriété, répand fort loin ses produits et notamment jusque dans la localité où l'imitation d'enseigne a été faite.

La jurisprudence l'a admis pour l'enseigne : *A la Belle Jardi-*

(1) Pouillet, *loc. cit.*, n° 705, p. 668.
(2) Dans le même sens : Limoges, 19 décembre 1874, Pat., 1875, 221.

nière, qui appartient à une maison de confection de Paris bien connue. Une maison de Toulouse, vendant des produits similaires, avait adopté la même enseigne. Il a été jugé qu'il y avait concurrence déloyale par usurpation d'enseigne, d'autant plus que les imitateurs avaient essayé par tous les moyens d'établir la confusion, ils avaient notamment reproduit les mots : *A la Belle Jardinière* sur des objets de vente, et, sur les enveloppes servant à livrer les produits aux acheteurs, ils avaient mis : « *Maison d'achat à Paris, à la Belle Jardinière, maison à Lyon* », formule qui tendait à faire croire que la maison de Paris avait une succursale à Lyon. La maison de Toulouse fut condamnée à cesser de faire usage de la dénomination : *A la Belle Jardinière*, à supprimer cette désignation sur ses enseigne, affiches, prospectus, imprimés et factures ; la Cour l'autorisa en outre, à prendre, dans le cas où elle le désirerait, la dénomination : *A la Jardinière Toulousaine, maison fondée en 1872*, en lettres d'égale dimension et sans aucune autre désignation (C. Toulouse, 9 mai 1887, *Gaz. Pal.* 15 nov.).

Maintenant que nous avons fait application à l'hypothèse d'une enseigne des conditions générales de la concurrence déloyale, voyons quels faits constituent l'usurpation d'enseigne. La règle, ici comme toujours, c'est qu'une confusion soit possible à l'aide des faits incriminés, confusion qui aurait pour résultat, si elle n'était prévenue et réprimée, de détourner la clientèle d'une maison pour l'amener dans une autre. Il n'est pas nécessaire pour que cet effet se produise que l'enseigne soit fidèlement reproduite et copiée, il suffit qu'elle soit imitée, ne fût-ce que partiellement. Il y a donc usurpation d'enseigne, concurrence déloyale par conséquent, lorsqu'il y a eu reproduction ou imitation d'une enseigne dans les conditions telles que la confusion soit possible.

Mais ce n'est pas à dire que toute désignation soit interdite dans une enseigne par cela seul qu'elle ferait partie de l'enseigne d'un concurrent. Il faut répéter ici ce que nous avons dit à propos des dénominations de produits. Il y a deux sortes de dénominations, les dénominations nécessaires ou génériques et les dénominations de fantaisie. Les premières appartiennent à tout le monde, parce qu'elles sont les seules qui caractérisent exactement les établissements. Les secondes seules peuvent être objet de droits privatifs ; il ne peut y avoir concurrence déloyale qu'autant qu'on reproduit ou qu'on imite dans une enseigne des expressions de cette seconde sorte.

Dans le cas de désignation nécessaire, est-il bien certain qu'il y ait une enseigne dans le sens vrai du mot? Nous pensons qu'on peut en douter ; il y a plutôt la simple indication du genre de commerce ; nous en avons déjà parlé, pour montrer précisément qu'une telle mention ne doit pas être prise pour une enseigne. Ainsi les expressions : *fabrique de chaussures*, *magasin de porcelaines*, *dépôt de cristaux de Bohème*, ne nous paraissent point constituer des enseignes. Il a été jugé que les mots : *Dépôt de thés de la Compagnie anglaise* ne forment pas une enseigne au sens propre du mot ; ils indiquent seulement l'établissement ou le lieu d'où la marchandise est tirée et ne peuvent faire l'objet d'un droit exclusif (Trib. comm. Seine, 16 mars 1832, *Gaz. Trib.*, 17 mars).

Revenons donc aux désignations de fantaisie, les seules qui puissent constituer une enseigne. Mais remarquons que les désignations nécessaires deviennent des enseignes véritables si elles puisent dans la forme extérieure donnée à l'inscription quelque chose d'original.

Une enseigne véritable est usurpée lorsqu'elle est, avons-nous dit, soit copiée, soit imitée, en tout ou en partie. La pratique fournit un nombre considérable d'exemples de cette forme de la concurrence déloyale.

Parmi les plus anciens monuments de jurisprudence, nous citerons un arrêt du Parlement de Paris qui a jugé qu'il y avait usurpation d'enseigne dans le fait qu'un apothicaire s'établissant auprès d'un confrère ayant pour enseigne : *A la croix rouge*, avait pris lui-même pour enseigne : *A la petite croix rouge* (Parlement de Paris, 20 mars 1612).

Parmi les décisions plus récentes, nous nous bornerons à citer quelques unes de celles qui ont reconnu qu'il y avait imitation d'enseigne et par suite concurrence déloyale. Ainsi dans chacun des exemples que nous allons citer, la seconde enseigne a été considérée comme une imitation de la première : *Au sultan*, *Au grand sultan* (Trib. comm. Seine, 7 septembre 1859, Pat., 1859, 419) ; *A la Civette*, *A la Civette de la rue Rivoli* (Paris, 11 avril 1860, Pat., 1860, 176) ; *Hôtel de la Paix*, *Grand hôtel de la Paix* (Paris, 13 juillet 1862, Pat., 1862, 265) ; *Maison dorée*, *Maison d'or* (Trib. comm. Seine, 4 novembre 1863, Pat., 1863, 110) ; *Maison Desinge*, *Au Singe* (Trib. comm. Seine, 2 mars 1881, Pat., 1881, 253) (1).

(1) Voir les autres espèces citées dans Pouillet, nos 729, 734.

Une maison de chapellerie, située rue de Richelieu, n° 102, ayant adopté comme enseigne les chiffres 4 et 8 de dimensions très accentuées et séparés l'un de l'autre par trois points d'exclamation, il a été jugé aussi qu'il y avait concurrence déloyale de la part d'un autre chapelier, établi, 102, boulevard Rochechouart, à faire figurer sur sa devanture, dans ses prospectus et sur les lanternes lui servant pour la publicité, les mêmes chiffres 4 et 8 avec des dimensions et des dispositions calquées sur celles de son concurrent, avec cette circonstance aggravante que la similitude des numéros d'adresse des deux parties créait encore une confusion (Trib. comm. Seine, 3 septembre 1886, *Gaz. des Trib.*, 20 et 21 sept.).

Citons enfin une curieuse affaire de concurrence déloyale sur laquelle le tribunal de commerce de Bordeaux a eu à se prononcer. Un homme sans bras ni jambes, nommé Kobelkoff s'exhibait, dans un théâtre forain, sous la dénomination de *Artiste-Tronc ;* un autre individu s'établit dans la même foire et annonça l'exhibition d'un autre phénomène semblable sous le nom de *Vrai Artiste-Tronc.* Kobelkoff assigna son concurrent pour le faire condamner à supprimer de son enseigne et de ses prospectus les mots *Artiste-Tronc*, en prétendant qu'ils étaient sa propriété exclusive. Il ressort du jugement rendu que, si les mots *artiste* et *tronc* pris séparément font partie du domaine public, ils constituent par leur adjonction une dénomination de fantaisie et que celui qui s'est servi le premier de cette enseigne doit en être reconnu propriétaire ; en conséquence, qu'il y a usurpation d'enseigne et concurrence déloyale, car l'artiste forain a manifesté l'intention formelle d'exploiter la vogue qui s'était attachée à l'exhibition de Kobelkoff, principalement en faisant précéder la qualification d'*Artiste-Tronc* du mot *Vrai* et en jetant ainsi de la défaveur sur le phénomène concurrent. Le tribunal fit défense au défendeur de continuer à employer le mot *Artiste* accolé au mot *Tronc* et le condamna à des dommages-intérêts (Trib. comm. Bordeaux, 11 mars 1885, Pat., 1886, 340).

Par contre, la jurisprudence a reconnu qu'il n'y avait pas d'usurpation d'enseigne, toutes les fois que la prétendue imitation n'est pas de nature à amener une confusion et que les deux enseignes sont suffisamment distinctes l'une de l'autre. Il en est ainsi dans les hypothèses suivantes : *Au vert pré*, *Au vert galant* (Trib. comm. Seine, 1er juillet 1844, Blanc, p. 733) ; *Aux désirs des enfants*, à la *Californie des enfants* (Trib. comm. Seine,

13 janvier 1852, Le Hir, 1852, 2, 411); *Au petit pot, Au petit pot de la porte Saint-Martin* (Paris, 20 mars 1854, Teulet, 3, 371) (1).

On a pu se demander si l'emploi d'une qualification banale, éveillant seulement l'idée d'une maison de quelque importance, comme les adjectifs *grand*, *général*, *spécial*, *normal*, et autres semblables pouvant donner du relief à une maison, pouvait constituer une dénomination propre et de fantaisie et fonder un droit privatif. Un arrêt récent s'est prononcé pour la négative en déclarant qu'il n'y a aucune confusion possible entre deux maisons dont l'une, fixée à Paris, est appelée *distillerie centrale*, et l'autre, établie à Choisy-le-Roi, est appelée *distillerie centrale du département de la Seine* (Paris, 1er août 1884, Pat., 1886, 317). Comme le fait remarquer l'annotateur, cette décision pèche par sa généralité. Celle-ci se justifie plutôt par la différence des localités ; elle n'a pas la valeur d'un arrêt de principe. La jurisprudence en effet admet très bien que des expressions comme *grand-hôtel*, *société générale*, *pharmacie normale*, forment des enseignes ou des raisons commerciales susceptibles d'une appropriation exclusive. La Cour de cassation vient en effet de décider que le fait par le propriétaire d'un hôtel, de prendre pour enseigne de son établissement la dénomination « *Grand-Hôtel* » constitue une usurpation de l'enseigne « *Grand-Hôtel d'Aix* », prise antérieurement dans la même ville par un autre maître d'hôtel (Cass., 4 avril 1887, *la Loi*, 6 avril).

Dans ces questions, il conviendra d'apprécier d'après les circonstances.

L'usurpation d'enseigne ne consiste pas toujours dans l'imitation de la désignation qui y est mentionnée, mais en supposant une devise toute différente de celle adoptée par le concurrent, il y aurait aussi concurrence déloyale dans la copie ou l'imitation du dessin qu'elle accompagne.

Ainsi, lorsqu'un commerçant a pris pour enseigne deux bœufs d'or traînant une charrue avec cette légende : *Aux bœufs d'or*, il y a concurrence déloyale de la part du concurrent qui prend pour enseigne deux bœufs d'or traînant une charge de gerbes avec la légende : *Aux moissonneurs* (Angers, 13 novembre 1862, Pat., 1863, 75).

(1) Voir aussi les autres espèces citées dans Pouillet, nos 735, 736.

SECTION VI

Dénominations d'établissements autres qu'une enseigne.

47. Il y a des établissements industriels ou commerciaux qui, à raison de leur nature, n'ont pas d'enseigne proprement dite apposée ou peinte sur une devanture. Ceux dont nous voulons parler n'ont pas de magasins, parce qu'ils ne vendent ni ne fabriquent de produits à proprement parler; ils ont des agences ou bureaux où se traitent leurs affaires consistant dans des entreprises de diverse nature, dans l'engagement de rendre certains services, dans des opérations financières. Telles sont les compagnies de voitures, les entreprises de théâtre ou de concerts, les compagnies d'assurances, les sociétés de finance. La désignation que ces établissements ont adoptée et qui figure sur la porte des bureaux ou agences ne peut pas être considérée comme une enseigne ; elle leur sert de désignation générale et se trouve reproduite sur leurs lettres, dossiers, annonces, factures, en un mot sur tous les papiers qui en émanent. Quoi qu'il en soit ces dénominations d'établissements sont traitées comme les enseignes ou comme les noms et nous aurons peu de chose à ajouter à ce que nous avons déjà dit. Ce sont en général les mêmes faits qui seront considérés comme constituant des actes de concurrence déloyale.

Il faut encore distinguer entre les dénominations génériques ou nécessaires et les dénominations de fantaisie. Il n'y a de concurrence possible qu'au cas où la dénomination reproduite ou imitée est une dénomination de fantaisie.

En conséquence, il a été jugé que la désignation de : *Entreprise générale de balayage public* était générique, et qu'il n'y avait pas de concurrence déloyale de la part de celui qui, succédant à l'adjudicataire, à l'adjudication suivante, avait pris le même titre (Trib. comm. Seine, 11 janvier 1861, Teulet, 10, 264). Il a été jugé aussi que la dénomination de *Compagnie parisienne* ne pouvait faire l'objet d'un droit privatif au profit d'une société ayant pour but d'exploiter la location de voitures (Paris, 15 mai 1885, Pat., 1886, 78).

La jurisprudence a reconnu, en sens contraire, qu'il y avait concurrence déloyale à faire usage d'une dénomination de fantaisie déjà employée par un autre établissement, ou même simplement à l'imiter, de manière à rendre la confusion possible. Il faut

toujours, bien entendu, que la concurrence existe à raison de la similitude des établissements et de leur voisinage.

C'est ainsi que l'on a considéré comme des dénominations particulières et privatives ne pouvant être reproduites, sans que la concurrence soit déloyale, les expressions d'*Assurances générales* (Paris, 17 novembre 1852, Teulet, 2, 52), de *Compagnie nationale* (Paris, 28 janvier 1853, Teulet, 2, 147), de *Concerts populaires* (Trib. comm. Seine, 22 décembre 1865, Pat., 1866, 352), de *Librairie allemande* (Trib. comm. Seine, 19 janvier 1866, Pat., 1866, 192), de *Maison américaine* (Reims, 31 août 1869, Pat., 1872, 141).

On pourrait aussi considérer une expression comme dénomination de fantaisie, bien que cette expression, celle de *Lloyd* par exemple, soit entrée dans le vocabulaire commercial d'un pays étranger pour désigner un établissement s'occupant d'un certain genre d'opérations ; par suite, celui qui en a fait usage en France le premier peut s'opposer à ce qu'un autre établissement du même genre l'emploie, même en y ajoutant une qualification accessoire différente, si cette adjonction ne suffit pas pour empêcher la confusion entre les deux établissements (Paris, 16 janvier 1863, Pat., 1863, 221).

Mais la dénomination de fantaisie d'un établissement a pu ne pas être copiée ; elle a pu être simplement imitée au point que le public puisse confondre les deux établissements. Là encore il y a concurrence déloyale. Ainsi une société ne peut adopter la désignation de *France mutuelle* quand une autre société, ayant un but analogue, a pour dénomination *La France* (Trib. comm. Seine, 3 février 1850, cité par Blanc, p. 728). Une compagnie d'assurances ne peut prendre le nom de *l'Aigle*, quand il en existe déjà une autre appelée *l'Aigle impérial* (Trib. comm. Seine, 12 août 1853, *Gaz. Trib.*, 24 septembre), ou de *Société nationale*, quand une autre s'appelle *La Nationale* (Trib. comm. Seine, 26 mars 1881, Pat., 1881, 190).

Il a été jugé aussi : que le titre de *Compagnie de vidanges de Paris* est une imitation déloyale de celui d'*Entreprise générale de vidanges de Paris* (Trib. comm. Seine, 5 mars 1856, Pat., 1856, 126) ; le titre de *Comptoir industriel de Versailles* une imitation déloyale de *Comptoir d'escompte de Versailles* (Paris, 15 mai 1869, Pat., 1869, 239) ; le titre de *Concerts-Élysées* une imitation déloyale de *Concert des Champs-Élysées* (Paris, 4 avril 1870, *Gaz. Trib.*, 5 avril).

Il suffit même quelquefois, pour qu'il y ait concurrence déloyale, qu'il y ait usurpation d'une qualification habituellement donnée à une entreprise commerciale, en dehors même de son titre véritable ; cette qualification est considérée comme une propriété particulière, aussi bien que la véritable dénomination de la maison. Ainsi, l'entreprise qui a pour titre *Compagnie générale de voitures*, étant connue généralement du public sous le nom de *Compagnie générale des petites voitures*, peut s'opposer à ce qu'une entreprise similaire et concurrente fasse entrer dans son titre les mots *Petites voitures* (Paris, 6 janvier 1880, Jurispr. comm. Marseille, 1880, 97). (1)

On a pu se demander si la circonstance qu'une société de commerce a été autorisée et que sa dénomination a été soumise à l'autorité administrative, la mettrait à l'abri des revendications des tiers qui prétendraient avoir des droits de priorité. L'autorisation du Gouvernement en Conseil d'État à laquelle était subordonnée la formation des sociétés anonymes avant la loi du 24 juillet 1867 entraînait-elle cette conséquence ? Nous pensons avec M. Pouillet (2) que cette autorisation ne devait pas porter de préjudice aux tiers dont les droits devaient être réservés. Le fait d'usurper une dénomination, comme celui d'usurper un nom, qu'il soit le résultat d'un délit ou d'un quasi-délit, ne saurait être atténué dans ses conséquences par une approbation administrative. Les tribunaux ont donc pu, à bon droit, ordonner la modification du titre d'une société anonyme même autorisée, s'il y a atteinte aux droits que des tiers possèdent antérieurement sur ce même titre ou sur le titre imité (Paris, 10 novembre 1857, Le Hir., 1865, 2, 96 ; Trib. civ. Seine, 26 décembre 1868, Teulet, 18, 146) (3).

Nous avons vu précédemment qu'il y a concurrence déloyale dans le fait de faire usage d'une dénomination traduite en langue étrangère. La même règle s'applique aux dénominations d'établissements. Ainsi, il a été jugé qu'une compagnie d'assurance française peut s'opposer à ce qu'une compagnie anglaise dont la désignation écrite en anglais a la même signification que sa raison de commerce vienne établir sous ce nom une succursale en France, alors même qu'elle aurait existé à l'étranger avant la fondation de la compagnie française (Trib com. Seine, 1er septembre 1854, Blanc, p. 702).

(1) Dans le sens : C. Paris, 4 août 1887, *Le Droit*, 1er septembre.
(2) Pouillet, *Marques de fabrique et concurrence déloyale*, n° 467, p. 456.
(3) Les sociétés anonymes d'assurances sur la vie sont encore soumises à l'autorisation préalable.

SECTION VII.

Titres d'ouvrages.

48. e titre d'un ouvrage est le nom ou la formule servant à indiquer son objet ou simplement à le désigner aux lecteurs. L'usurpation ou l'imitation d'un titre d'ouvrage sont des faits de concurrence déloyale, s'il peut en résulter une confusion avec l'ouvrage dont le titre a été usurpé ou imité. Nous allons retrouver ici toute la théorie de la concurrence déloyale telle que nous l'avons déjà plusieurs fois exposée.

On n'hésite pas à reconnaître que l'auteur a sur le titre de l'ouvrage un droit de propriété. Mais de quelle nature est ce droit? Est-il compris dans le droit sur l'ouvrage lui-même? Merlin considère le titre d'un ouvrage comme une partie de cet ouvrage, et il enseigne que son usurpation constitue une véritable contrefaçon partielle (1). Tel n'est pas notre sentiment. Le grand jurisconsulte paraît avoir fait une confusion. Il s'appuie sur ce que la contrefaçon partielle est interdite au même degré que la contrefaçon totale. Ce point est indiscutable. Contrefaire une partie d'un ouvrage, c'est assurément contrefaire, mais encore faut-il que la partie qui est contrefaite soit assez importante pour qu'on puisse y voir une contrefaçon véritable. Or, est-ce bien le cas pour le titre d'un ouvrage? Nous ne le pensons pas. Qu'est-ce en effet que le titre par rapport à l'ouvrage entier? Nous avons défini le titre ; en définitive, ce n'est qu'une désignation qui fait connaître l'ouvrage, de même que le nom d'un produit ou la marque de fabrique font connaître ce produit, de même que l'enseigne fait connaître la maison.

M. Pouillet, dont nous reproduisons l'opinion, le dit très bien : « Le titre en lui-même, considéré isolément, ne constitue pas une propriété littéraire ; c'est plutôt une enseigne, une sorte de marque de fabrique ; c'est la dénomination de la marchandise, s'il est possible d'employer de pareilles expressions pour désigner des ouvrages de littérature. En copiant le titre, on ne s'approprie pas l'œuvre elle-même, on détourne seulement les acheteurs qu'elle attirait et qui s'adressaient à elle, c'est-à-dire qu'on commet un acte de concurrence déloyale » (2). M. Blanc disait de son côté : « En matière d'usurpation de titre, c'est moins la propriété

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Propr. litt.*, § 1.
(2) Pouillet, *loc. cit.*, n° 621, p. 606.

que les magistrats doivent protéger que la fraude qu'ils ont pour mission de proscrire » (1).

Il résulte de ce rapprochement fait entre le titre d'un ouvrage et le nom du produit ou l'enseigne de l'établissement, que nous aurons à appliquer ici les règles que nous connaissons déjà, pour déterminer quand l'usurpation ou l'imitation du titre sera un acte de concurrence déloyale.

Pour qu'il y ait concurrence déloyale, il faut qu'il y ait atteinte à un droit. Il faut donc qu'un droit appartienne à celui qui se prétend lésé. Si l'on considérait la propriété du titre comme se rattachant à la propriété de l'œuvre elle-même, il faudrait dire que l'emploi du même titre ou d'un titre analogue serait une usurpation tant que dure la propriété littéraire. Ce serait trop absolu, et l'analogie qui nous semble exister entre le titre d'un ouvrage et une enseigne nous conduit à décider que le droit au titre peut se perdre, alors que la propriété littéraire subsiste encore. Il peut arriver, comme le fait remarquer M. Pouillet, que, le premier des ouvrages étant depuis longtemps épuisé, oublié même, sans que le propriétaire songe à le réimprimer, l'emploi du même titre par un autre auteur ne soit pas de nature à constituer une usurpation (2). La concurrence n'existe pas d'ailleurs dans ce cas, puisqu'il n'y a pas débit simultané des deux ouvrages.

S'il s'agit d'un titre de journal, il devient plus facile de déterminer quand il y a usurpation. On s'attache uniquement à la question de possession, comme pour l'enseigne, et l'on n'a plus à tenir compte du tout de la question de propriété littéraire. Cela tient au caractère de périodicité de la publication ou du journal. Aussi longtemps que paraît le journal, son titre ne peut être ni usurpé ni imité ; la propriété du titre se conserve par la possession, comme celle d'une enseigne. Le journal au contraire cesse-t-il de paraître, son titre se trouve abandonné, il n'est plus possédé ; le droit de propriété s'évanouit et le titre tombe dans le domaine public. Mais il faut, comme pour l'enseigne, que l'abandon soit certain et définitif. On ne saurait dire après combien de temps l'abandon sera réputé tel ; c'est une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. L'abandon ne sera pas jugé définitif et irrévocable si la cessation de la publication a été la conséquence d'un cas de force majeure, comme une guerre, l'incendie

(1) Blanc, p. 388.
(2) Pouillet, *loc. cit.*, n° 646, p. 620.

des ateliers ou des bureaux du journal ; on peut alors admettre qu'il n'y a qu'une interruption dans la publication.

Ainsi, il a été décidé que le propriétaire d'un journal médical qui, après l'avoir exploité sous le titre de *Gazette de santé,* change ce titre pour celui de *Gazette médicale de Paris*, ne peut s'opposer à ce qu'une autre personne publie un nouveau journal sous le titre qu'il a abandonné, alors surtout que sept mois se sont écoulés depuis l'abandon du titre et que, d'autre part, la différence dans le format et la périodicité écarte toute confusion (Paris, 19 avril 1834, *Gaz.Trib.*, 20 avril). Jugé aussi, d'après les usages constants de l'Administration et de la Société des gens de lettres que le propriétaire d'un journal est réputé avoir renoncé au titre de ce journal, lorsqu'il est resté un an sans publier de numéro (Trib. comm., Seine 1er septembre 1874, Pat., 1874, 373).

On admet donc qu'il faut, pour qu'il y ait propriété du titre d'un ouvrage, qu'il y ait possession, usage de ce titre, comme pour l'enseigne, et ce principe est au moins hors de doute quand il s'agit du titre d'une publication périodique. S'il en est ainsi, le droit sur le titre de l'ouvrage résulte aussi d'une prise de possession, et c'est celui qui a pris le titre le premier qui a acquis sur lui un droit exclusif. L'antériorité du droit ne peut être déterminée que par un acte qui révèle le titre au public, comme la publication ou même une simple annonce dans les journaux. Il faut que l'intention d'adopter ce titre pour un ouvrage ou un journal soit manifeste.

Il a été jugé en effet que la déclaration faite à la préfecture, comme le veut la loi, pour la publication d'un journal, consacrait le droit de priorité pour le titre qui a été déclaré ; celui qui, dans l'intervalle séparant l'accomplissement de cette formalité de la publication, viendrait à faire paraître un journal avec un titre semblable ou analogue, commettrait un acte de concurrence déloyale (Paris, 8 août 1879, Pat., 1881, 79).

Au contraire, la seule circonstance que l'on a fait la déclaration exigée pour la publication d'un journal, si on n'en a fait paraître ensuite qu'un seul numéro spécimen, sans d'ailleurs avoir donné d'autre suite à cette publication, ne saurait faire acquérir la propriété du titre ; un autre journal peut donc être fondé sous le même titre, sans qu'on puisse s'y opposer (Trib. comm. Seine, 6 novembre 1849, Le Hir., 1850, 2, 147).

Nous avons établi quand existait le droit sur le titre d'un ouvrage ; ce droit est protégé, comme les autres droits de même

nature, comme le nom, comme l'enseigne, par une action en concurrence déloyale. Il faut donc que la concurrence soit possible ; comme toujours, il faut envisager la possibilité de la concurrence à deux points de vue, au point de vue de la similitude des produits et de la proximité des établissements.

Il y aura ici similitude de produits lorsque les ouvrages traiteront des matières semblables. A cette condition, il peut y avoir concurrence et par suite confusion, si les titres des ouvrages sont les mêmes ou analogues. Aussi a-t-il été jugé souvent que la différence entre le genre de deux ouvrages peut rendre toute concurrence ou confusion impossible, par exemple si l'un des ouvrages est un roman et l'autre un drame (Trib. civ. Seine, 23 novembre 1855, Pat., 1856, 27), ou si l'un des ouvrages est un roman intitulé : *les Mystères de l'Internationale*, et l'autre un traité historique intitulé *Histoire de l'Internationale* (Trib. civ. Seine, 16 juillet 1874, *Gaz. Trib.*, 17 juillet) (1).

Il pourra y avoir ici confusion à raison de la proximité des localités, lorsque les deux ouvrages seront publiés et vendus dans la même localité.

Cependant, comme il faut, avant tout, rechercher si la confusion est possible, le titre pourra être considéré comme usurpé si l'ouvrage dont le titre est imité est susceptible de se répandre assez loin en dehors du lieu de publication. C'est ce qui pourra arriver si un journal publié en province a paru avec le titre d'un journal de Paris, ou réciproquement. Il en est de ce cas comme de celui de l'enseigne qui peut être considérée comme usurpée, même dans une localité très éloignée. Aussi, a-t-il été jugé que, si le propriétaire d'un journal de province n'a pas le droit absolu d'empêcher qu'un journal de Paris paraisse sous le même titre, néanmoins il pouvait obtenir que le titre du journal concurrent soit modifié de façon à empêcher toute confusion ; dans l'espèce, un journal de Lyon paraissant sous le titre *le Progrès*, il a été décidé qu'un journal de Paris ne pourrait paraître sous le même titre qu'en ajoutant les mots *de Paris* (Trib. civ. Seine, 24 juin 1864, Pat., 1864, 299).

Nous avons vu comment s'appliquent, relativement aux titres d'ouvrages, les règles générales de la concurrence déloyale ; il reste à nous demander quels titres seront considérés comme usurpés. Nous nous répéterons encore ; il faut que la confusion soit possible pour que les faits soient déloyaux, il faut qu'il

(1) Voir encore : Trib. comm. Seine, 9 avril 1856, *le Droit*, 10 avril.

puisse en résulter un détournement de clientèle, c'est-à-dire que les acheteurs croient acquérir un ouvrage, alors qu'en réalité c'en est un autre. Ce résultat peut se produire soit que le titre d'un autre ouvrage ait été copié, soit qu'il ait été simplement imité.

Ici, comme toujours, il faut distinguer entre les dénominations génériques et nécessaires, et les dénominations de fantaisie. On ne saurait usurper un titre qui n'est que la désignation nécessaire du contenu de l'ouvrage ; on peut usurper au contraire un titre spécial et nouveau. Ce sera aux tribunaux de décider dans chaque espèce si le titre est générique ou de fantaisie ; toute la difficulté consiste dans une appréciation de fait.

Ainsi, les tribunaux ont considéré comme des titres nécessaires et génériques ne pouvant pas l'objet de droits privatifs les expressions d'*Histoire financière de la France* (Paris, 22 juillet 1830, Blanc, p. 384), de *Dictionnaire de médecine usuelle* (Paris, 6 février 1835, Blanc, p. 384), d'*Encyclopédie catholique* (Paris, 8 octobre 1835, Blanc, p. 374), de *Bibliothèque libérale* (Trib. comm, Seine, 25 août 1869, *Gaz. trib.*, 26 août).

A l'inverse, la jurisprudence a considéré comme des titres spéciaux et de fantaisie ne pouvant être adoptés par d'autres auteurs les dénominations *Almanach comique* et *Almanach prophétique* (Nancy, 26 juillet 1852, Blanc, p. 376), *Biographie universelle ancienne et moderne* (Orléans, 10 juillet 1855, Pat., 1855, 128), *Mémorial de Sainte-Hélène* (Trib. civ. Seine, 24 fév. 1860, Pat., 1860, 164).

Quelquefois, alors même que la désignation de l'ouvrage serait dans le domaine public, les juges pourraient ordonner, si une confusion était possible, les mesures nécessaires pour l'empêcher. Par exemple, on a ordonné d'adopter des dispositions typographiques différentes pour empêcher de confondre un ouvrage intitulé *Manuel de la bonne compagnie*, avec un autre précédemment publié sous le même titre (Trib. comm. Seine, 5 janvier 1863, Teulet, 2, 120).

Étant donné qu'un titre d'ouvrage est un titre de fantaisie, il est souvent de quelque difficulté de savoir si l'imitation de ce titre est condamnable. Les tribunaux doivent rechercher si, en fait, les différences entre les deux titres sont suffisantes pour éviter la confusion. Dans le cas où elle est possible, il y a concurrence déloyale de la part de l'imitateur. Les tribunaux ont eu très fréquemment à statuer sur cette question. Ils ordonnent la modification ou au besoin la suppression du titre qui crée la confusion.

On peut citer un très grand nombre d'espèces dans lesquelles la jurisprudence a admis qu'il y avait concurrence déloyale par imitation d'un titre d'ouvrage. Jugé par exemple que *le Constitutionnel de 1830* est une imitation du titre *le Constitutionnel* déjà donné à un journal (Trib. comm. Seine, 2 mars 1832, Blanc, p. 387), *le Journal des Débats industriels* est une imitation de *le Journal des Débats* (Trib. comm. Seine, 8 novembre 1843, Blanc, p. 387) ; *la Vienne* est une imitation de *le Journal de la Vienne*, (Poitiers, 18 décembre 1873, Pat., 1874, 134); *le petit Capitaliste* est une imitation de *le Capitaliste* (Trib. comm. Seine, 7 avril 1881, Pat., 1881, 281 ; *le Journal des Voyageurs de commerce* est une imitation de *le Voyageur de commerce* (Trib. comm. Seine, 4 août 1881, Pat., 1881, 254) (1).

Il y a usurpation du titre d'un journal, même au cas où, en reproduisant ce titre, on le ferait suivre d'une désignation distinctive, si d'ailleurs elle laisse place à la confusion (Trib. comm. Seine, 13 septembre 1862, Pat., 1862, 403). Une qualification accessoire, telle que *du soir* ou toute autre analogue, n'écarterait pas la concurrence déloyale (Paris, 20 juillet 1880, Pat., 1880, 365).

De même, un journal ayant pour titre *le Matin*, il y a concurrence déloyale dans le fait de fonder un autre journal intitulé *le Matin Français* (Trib. comm. Seine, 15 septembre 1884, Pat., 1886, 81). Le titre *Le Petit Journal financier* est une imitation du titre *Le Petit Journal* et peut produire une confusion (C. Paris, 11 novembre 1887, *Le Droit*, 20 nov.). Il y aurait aussi concurrence déloyale dans le fait de prendre le titre d'un journal connu en y ajoutant simplement un nom de ville (Trib. comm. Seine, 29 novembre 1881, Pat., 1883, 125).

On admet surtout qu'il y a concurrence déloyale par imitation d'un titre d'ouvrage lorsqu'en même temps on a adopté la même composition typographique, les mêmes dispositions générales et la même méthode, parce qu'alors l'intention de produire une confusion est manifeste (Trib. comm. Seine, 3 juillet 1886, *le Droit,* 8 août).

Au contraire, la jurisprudence a décidé qu'il n'y avait pas de concurrence déloyale lorsque l'identité des titres n'était pas telle qu'il put en résulter une méprise. Jugé en conséquence que *Calendrier de France*, *Almanach du peuple* n'est pas une imitation condamnable de *Almanach du peuple, des villes et des campagnes*

(1) On peut voir d'autres espèces dans Pouillet, nos 639-640.

(Trib. corr. Seine, 18 mars 1835, *Gaz. trib.* 19 mars) ; *le Moniteur des Fiancés* n'est pas une imitation de *le Journal des Fiancés* (Trib. comm. Seine, 13 octobre 1859, Pat., 1869, 401) ; *le Voleur politique et littéraire* n'est pas une imitation de *le Voleur, Gazette des Journaux* (Paris, 3 mars 1830, *Gaz. trib.*, 4 mars) ; *Almanach-annuaire de l'Eure* n'est pas une imitation déloyale de *Almanach du département de l'Eure* (Rouen, 5 août 1873, Pat., 1874, 341).

SECTION VIII.

Imitation des dispositions extérieures du magasin.

49. L'enseigne peut être différente de celle d'une maison rivale et cependant la confusion peut être possible entre les deux maisons. Il suffit pour cela que l'industriel, en s'établissant le plus près possible de son concurrent, reproduise les dispositions extérieures de la devanture de son magasin, par exemple la couleur de la peinture, les ornements des boiseries, la disposition des vitrines et étalages. Il y a dans cette imitation une ruse pour attirer le public en le rendant victime d'une erreur ; c'est une forme de concurrence déloyale. Elle est aussi dangereuse que celle qui consiste à reproduire ou à imiter une enseigne, car le passant se laisse la plupart du temps guider par l'apparence du magasin, sans prendre soin de lire l'enseigne ou le nom de l'établissement ; c'est ainsi qu'il se trouve fatalement amené à prendre une maison pour une autre.

Les tribunaux ont eu plusieurs fois occasion de se prononcer au sujet de ces agissements déloyaux. Ainsi il a été jugé qu'il y avait concurrence déloyale de la part d'un épicier qui vend du thé à orner sa boutique d'un auvent à forme chinoise analogue à celui qui décore la boutique d'un concurrent (Trib. comm. Seine, 17 février 1847, *Gaz. Trib.*, 18 février). Il a été jugé aussi qu'un commerçant est en droit d'empêcher que le numéro de sa maison ne soit usurpé par un concurrent habitant la même rue, à un autre numéro, l'indication d'un faux numéro pouvant tromper la clientèle (Trib. comm. Seine, 18 mai 1832, *Gaz. Trib.*, 19 mai) (1).

Ce que nous disons de la confusion produite au moyen de l'aspect extérieur d'un magasin s'applique aussi aux objets servant à l'exploitation d'une industrie ou d'un commerce, par exemple aux voitures. Ainsi, lorsqu'une compagnie de transport ou

(1) On peut voir aussi : Paris, 29 décembre 1852, *J. Pal.* 1853, 1, 335.

une entreprise de voitures de louage a adopté pour ses voitures, dans le but de les faire reconnaître, une forme ou des couleurs particulières, une compagnie rivale commettrait un acte de concurrence déloyale si elle donnait à ses voitures la même apparence extérieure afin de tromper le public qui prendrait les voitures d'une compagnie croyant prendre celles de l'autre.

De même, ferait acte de concurrence déloyale le commerçant qui apposerait sur sa voiture la marque d'un fabricant dont il ne vend pas les produits, alors surtout qu'il met sur ses prospectus et sur les articles vendus le nom du commerçant en grosses lettres précédé du mot « *système* » en lettres minuscules (Trib. civ. des Andelys, 3 mars 1885, Pat., 1885, 285).

SECTION IX

Formes et dispositions du produit.

50. On admet que la forme donnée à un produit peut constituer une marque (1); à plus forte raison, et personne ne conteste ce point, l'imitation de la forme et des dispositions extérieures d'un produit peut-elle être une concurrence déloyale.

Ainsi, il a été jugé que, lorsqu'un industriel adopte, comme signe distinctif de ses produits, une couleur spéciale combinée à une disposition de lignes formant un quadrillé, il y a concurrence déloyale de la part du commerçant qui emploie la même nuance et la même disposition de lignes pour des produits similaires (Paris, 21 janvier 1850, Dall., 1851, 2, 123).

Mais, de même que les dénominations génériques ne peuvent constituer des droits privatifs, de même certaines formes ou dispositions ne peuvent appartenir à une personne à l'exclusion des autres, parce qu'elles n'ont rien de spécial ni de caractéristique.

Par exemple, l'emploi d'une forme géométrique, comme la forme cylindrique donnée à un cahier de papier à cigarettes, ne peut à elle seule et en l'absence d'autres éléments nouveaux, constituer une propriété (Paris, 24 juin 1865, *J. Pal.*, 1865, 1125).

1) Rendu, 54 ; Pouillet, nos 41 et 486. *Contra* : Pataille, 1857, 256.
Si le changement de forme apporté à un produit a pour effet de produire un résultat industriel, il peut faire l'objet d'un brevet d'invention. Dans l'exemple bien connu des cartes à jouer à coins arrondis, il s'agissait uniquement d'un simple changement de forme qui a été jugé suffisant pour motiver un brevet.
La forme donnée à un produit peut aussi être protégée comme modèle de fabrique.

SECTION X

Formes et dispositions des accessoires qui accompagnent le produit.

51. Le produit n'est pas généralement livré à nu au consommateur, il est le plus souvent renfermé dans des enveloppes, des boîtes, des flacons ou autres récipients, selon sa nature ; à ces accessoires du produit s'adjoignent encore des étiquettes et des cachets. Si ces divers objets ont été déposés régulièrement, ils constituent de véritables marques de fabrique, protégées par la loi du 23 juin 1857 ; s'il y a eu usurpation ou imitation, on applique les dispositions de cette loi. Mais en l'absence de dépôt, l'usurpation ou l'imitation ne peut être qu'une concurrence déloyale ; c'est de ce cas dont nous devons nous occuper. Les enveloppes, étiquettes, boîtes, etc., constituent un ensemble de signes dont la réunion donne à la marchandise un certain aspect extérieur qui frappe l'attention et aide à distinguer les uns des autres les produits similaires des diverses fabriques, tout comme les dispositions extérieures d'un magasin, en attirant les regards, aident à le faire reconnaître. On comprend que l'imitation des dispositions de forme et de couleur de tout ce qui recouvre le produit soit un moyen facile d'établir une confusion avec les produits similaires d'un concurrent. Les tribunaux, appliquant les articles 1382 et 1383 du Code civil, répriment cette fraude et font cesser le préjudice, dès que la confusion est possible ; ils ordonnent en conséquence les mesures nécessaires pour que les marchandises ne soient plus confondues, interdisent l'usage des signes qui entraînent la confusion, et condamnent en outre, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts.

Les décisions qui statuent sur cette forme de la concurrence déloyale sont très nombreuses. La plupart du temps l'imitation porte sur l'ensemble des dispositions extérieures du produit, et non sur l'un des accessoires en particulier. C'est d'ailleurs ordinairement à cette condition qu'il peut y avoir concurrence déloyale. C'est l'aspect général de l'objet qui crée la confusion, et non la simple similitude d'un détail ; au contraire, la ressemblance d'un flacon ou d'une boîte, alors que les étiquettes frappent les yeux par des différences de couleur ou de disposition, ne peut être une concurrence déloyale. Ainsi la forme d'une boîte, la couleur d'un papier, envisagées isolément, ne constituent pas

une propriété commerciale proprement dite ; il faut pour qu'il y ait un droit privatif la réunion de divers éléments présentant quelque chose de caractéristique et de spécial. C'est encore d'une autre manière, la distinction entre les dénominations génériques et de fantaisie qui reparaît ici.

On peut lire dans l'ouvrage de M. Pouillet (nos 474-475, 477-478) l'indication d'un grand nombre d'espèces où la concurrence déloyale a été reconnue. On peut voir encore : Paris, 28 avril 1858, Pat., 1858, 298 ; Paris, 27 août 1859, Pat., 1859, 284 ; Trib. comm. Seine, 17 janv. 1861, Pat., 1861, 95 ; Paris, 19 novembre 1863, Pat., 1864, 36 ; Paris, 5 janvier 1865, Pat., 1865, 109 ; Rouen, 19 mars 1872, Pat., 1873, 21 ; Paris, 6 février 1874, Pat., 1874, 69 ; Trib. civ. Seine, 14 août 1879, Pat., 1879, 173 ; Paris, 31 mai 1884, Pat., 1885, 91 ; Aix, 10 avril 1885, Pat., 1885, 156.

A plus forte raison, il y aurait concurrence déloyale à se servir des récipients mêmes ou des étiquettes d'un concurrent. Ainsi, il a été jugé que, bien que l'eau de Botot soit dans le domaine public, il n'était pas permis aux fabricants de cette eau de se servir des flacons et cachets des successeurs de Botot, ni de vendre leurs produits sous le titre de *Véritable eau de Botot* (Trib. comm. Seine, 8 avril 1858, Pat., 1858, 191 ; Paris, 3 août 1858, Pat., 1859, 366).

Il a été jugé aussi qu'il y avait concurrence déloyale de la part d'un commerçant qui écoule ses produits dans des boîtes revêtues des étiquettes d'un concurrent, encore qu'il aurait supprimé le nom de ce dernier (Lyon, 14 avril 1884, Pat., 1885, 85).

Jugé aussi qu'un libraire qui a acheté un certain nombre d'exemplaires d'un ouvrage édité par un autre n'a pas le droit de couvrir le nom de l'éditeur par une bande portant son propre nom et son adresse (Trib. comm. Seine, 6 juin 1860, Pat., 1861, 27).

A l'inverse, la jurisprudence a décidé qu'il n'y avait pas de concurrence déloyale, lorsque deux commerçants s'étaient rencontrés dans l'adoption de tel ou tel détail dans les accessoires de produits similaires, et que cette ressemblance ne pouvait entraîner aucune confusion (Paris, 7 février 1884, Pat., 1884, 250 ; — Voir les décisions rapportées dans Pouillet, 479.

SECTION XI

Modes de publicité.

52. C'est par la publicité qu'un commerçant fait connaître sa maison et ses produits. Les moyens en sont très variés : il y a les affiches, les annonces et réclames insérées dans les journaux, les prospectus distribués sur la voie publique, les circulaires envoyées par la poste, etc. Les formes de la publicité se multiplient de jour en jour, mais, quelles qu'elles soient, elles ne doivent pas fournir des moyens de faire une concurrence déloyale ; en fait pourtant, cela a lieu souvent. Le commerçant use de ce moyen pour amener une confusion entre son établissement et celui d'un concurrent ou entre deux produits similaires. Ce mode de confusion est très fréquemment joint à d'autres actes de concurrence déloyale et sert même à les perpétrer ; ainsi, le nom similaire à celui d'un concurrent, la dénomination d'un produit usurpée, figureront dans les annonces et prospectus, et le plus souvent aussi seront portés en même temps sur les enseignes et sur les étiquettes. La publicité donnée sera l'un des éléments de la concurrence déloyale. Nous n'avons pas à revenir sur le cas où c'est un nom ou une dénomination de produit qui a été indiqué sur les annonces et prospectus ; en quelque forme que ces noms aient été publiés, le résultat est le même.

Mais il y a encore d'autres procédés de concurrence déloyale fournis par les annonces et prospectus.

Parfois, on donne à l'annonce ou au prospectus la configuration déjà adoptée par un rival. Ainsi, on a jugé qu'un commis ne pouvait, en s'établissant lui-même, copier, pas plus dans leur couleur que dans leur rédaction, les circulaires, factures et affiches de l'établissement qu'il a quitté et qu'il gérait pour son patron (Trib. comm. Seine, 10 décembre 1857, Teulet, 7, 12 (1).

D'autres fois, on emploiera, à l'imitation d'un concurrent, une expression caractéristique, que l'on placera en vedette, pour attirer l'attention. Ainsi, on a considéré comme une concurrence déloyale, le fait d'un directeur de théâtre d'annoncer un spectacle semblable à celui d'un concurrent, en employant sur ses affiches

(1) Voir aussi : Trib. comm. Marseille, 7 janvier 1880, Pat., 1883, 295.

la même formule, par exemple le mot *défi* disposé de la même façon, afin d'établir une confusion entre les deux théâtres (Trib. comm. Seine, 26 octobre 1855, *le Droit*, 1er novembre).

Ou bien encore, un établissement en vogue ayant été vendu, on laissera croire au public qu'on en est acquéreur, alors qu'il n'en est rien. Par exemple, le successeur d'un commerçant peut s'opposer à ce qu'un concurrent fasse annoncer et publier que sa maison est *digne* de remplacer celle de l'ancien propriétaire du fonds vendu (Trib. comm. Seine, 11 mai 1844, Blanc, p. 706).

Il a été jugé aussi qu'il y avait concurrence déloyale dans le fait de se procurer les feuilles d'album d'un tiers, et de s'en servir pour obtenir des commandes (Trib. comm. Seine, 26 février 1887, *la Loi*, 11 mars).

Citons un dernier exemple : le droit exclusif acquis par un commerçant, un papetier, par exemple, de publier dans un agenda-annuaire des annonces recommandant au public les produits de sa maison constitue une propriété à l'égard des tiers. En conséquence, il y a concurrence déloyale de la part de celui qui, en revendant les mêmes agendas, y substitue ses annonces à celles de son concurrent (Trib. comm. Seine, 9 juin 1876, Pat., 1877, 47).

SECTION XII

Allégations verbales pouvant amener la confusion entre deux établissements.

53. Ce procédé de concurrence déloyale est très voisin du précédent. Au lieu d'allégations imprimées sur des affiches ou prospectus, il s'agit d'allégations verbales qui sont tout aussi dangereuses et aussi déloyales. Un individu, profitant du voisinage d'un établissement en vogue analogue au sien, fera croire aux passants qu'ils sont précisément devant cet établissement. Cet acte déloyal doit être réprimé d'autant plus sévèrement qu'à la différence des modes de publicité proprement dits, il ne laisse aucune trace (Trib. comm. Seine, 30 septembre 1830, Gastambide, *Des contrefaçons*, nº 474).

CHAPITRE III.

Concurrence déloyale consistant en faits répréhensibles mais n'entraînant pas de confusion.

54. Les faits de concurrence déloyale dont nous allons parler dans ce chapitre sont réprimés au nom des mêmes principes. C'est toujours sur les articles 1382 et 1383 du Code civil que les tribunaux s'appuieront pour faire cesser le préjudice et le réparer ; c'est dire que les faits dont il s'agit sont considérés comme des délits civils ou des quasi-délits, tout comme ceux dont il a été question dans le précédent chapitre. Le résultat en est le même ; ces faits aboutissent ou tendent à un détournement de clientèle, mais le procédé employé diffère.

Dans les hypothèses précédentes, on cherchait à établir une confusion soit entre les produits, soit entre les établissements. En agissant ainsi, le commerçant le moins achalandé semblait reconnaître la supériorité de son concurrent, puisqu'il cherchait à se faire prendre pour lui. Ici, rien de semblable ; le commerçant, au contraire, cherche à empêcher la confusion, il proclame sa supériorité et jette le discrédit sur ses concurrents. Les deux procédés sont opposés, mais aussi condamnables l'un que l'autre.

Nous allons passer en revue quelques-uns de ces faits, qui, sans établir de confusion entre les établissements ou les produits, ont été avec raison jugés répréhensibles par les tribunaux, comme constituant des cas de concurrence déloyale.

SECTION I.

Dénigrement des concurrents et dépréciation de leurs produits.

55. Tout commerçant est libre de faire valoir ses produits en les vantant de la façon la plus exagérée et dans les termes les plus hyperboliques. C'est le *dolus bonus* des Romains, la *solertia*, procédé toujours autorisé, si invraisemblables que puissent être les assertions du commerçant. La loi n'a pas à garantir le public

contre ces procédés ; c'est à lui à ne pas s'y laisser prendre et à ne pas croire aux exagérations. La liberté du commerce et de la concurrence exige qu'il en soit ainsi.

Mais il y a une limite à cette liberté ; toute liberté n'est légitimé qu'à la condition de ne pas porter atteinte aux droits des autres. Tant que le commerçant observera les règles de la loyauté et de la bonne foi, il n'y aura rien à dire. Au contraire dès que la mauvaise foi et la fraude apparaîtront, il faudra les faire cesser, et les concurrents qui ont des établissements similaires seront en droit de se plaindre de ce que la concurrence a été déloyale. Nous ne pouvons mieux faire, pour montrer ce qui sépare les agissements licites de ceux qui ne le sont pas, que de citer ces lignes de M. Pataille :

« Si le principe de la liberté de l'industrie et du commerce donne à chacun le droit de prôner son établissement, ses procédés ou ses produits, il ne s'ensuit pas que l'on ait le droit de déprécier ceux des autres, du moins en les désignant et en les prenant individuellement à partie. Dites, si vous voulez, que vous faites mieux que tous vos concurrents, personne n'aura à se plaindre, et le public jugera. Mais si vous dites que les procédés ou les produits de tel ou tel concurrent déterminé sont vieux et mauvais, le concurrent désigné aura incontestablement droit de vous appeler devant les tribunaux pour faire réprimer une critique qui, fût-elle fondée, n'en constituerait pas moins un acte de concurrence déloyale » (1).

Les procédés de concurrence déloyale que nous allons étudier consistent donc à faire valoir ses produits en dépréciant ceux des concurrents et en jetant sur eux la déconsidération. Tantôt la concurrence déloyale consiste à dénigrer le commerçant lui-même en s'attaquant à sa personnalité ; tantôt il y a seulement une dépréciation des produits du concurrent nommé et pris à partie. Ces actes déloyaux s'accomplissent sous des formes très diverses. Le plus souvent c'est au moyen des voies de publicité, telles que prospectus, annonces, affiches, dont nous avons déjà parlé, en examinant les cas où l'on établissait par ces moyens une confusion entre les établissements ou les produits.

56. L'un des procédés les plus dangereux pour dénigrer un concurrent consiste à articuler des allégations diffamatoires contre lui et à s'attaquer à sa situation commerciale ou à son honorabi-

1) Pataille, 1857, 39.

lité personnelle, sans d'ailleurs déprécier ses produits ou leur mode de fabrication. C'est là porter à son crédit une atteinte très grave et très profonde ; il y a donc concurrence déloyale. Ainsi jugé : Paris, 9 juillet 1867, Pat., 1867, 271 ; Lyon, 2 août 1878, Pat., 1882, p. 260.

57. Un second procédé consiste à s'attaquer principalement aux produits d'un concurrent, tout en le nommant, d'ailleurs. Nous verrons ensuite s'il peut y avoir concurrence déloyale lorsqu'on se borne à vanter ses produits ou à critiquer d'une façon générale ceux des autres, sans nommer personne. Mais, pour le moment, nous supposons une dépréciation de produits dirigée contre un commerçant déterminé.

Quelques exemples tirés de la jurisprudence montreront comment ces faits se présentent en pratique et quels sont ceux que les tribunaux ont jugés répréhensibles. Ce n'est pas le seul fait de nommer un concurrent, ni même la comparaison faite avec ses produits qui constitue la fraude. pas plus que l'attribution à ses propres produits de qualités exagérées, mais c'est la dépréciation des produits du concurrent en vue de détourner les acquéreurs.

Il a été jugé qu'un négociant n'avait pas le droit de déprécier dans un prix courant les produits d'un fabricant, pour ce motif que quelques envois auraient laissé à désirer ; à supposer même qu'il en fût ainsi, il encourt néanmoins pour ce fait des dommages-intérêts (Trib. comm. Seine, 28 août 1849, Le Hir., 1851, 2, 91).

Un commerçant n'a pas le droit de publier un avis disant qu'un de ses concurrents ne tiendra pas les engagements pris par lui vis-à-vis du public ; spécialement, un libraire ne peut dire dans une annonce ou un prospectus qu'un autre libraire ne terminera pas la publication d'un ouvrage par souscription (Rouen, 7 février 1851, *J. Pal.*, 1853, 1, 701).

Un fabricant de papier à cigarettes n'a pas le droit, pour déprécier un papier vendu sous le nom de Job, pseudonyme du fabricant, de mettre sur l'enveloppe cette inscription : *guerre à Job, papier très supérieur à celui connu sous le nom de Job*, en mettant en vedette le nom de *Job* (Paris, 23 avril 1869, *aff. Bardou*, Pat., 1869, 115).

Il y a concurrence déloyale, lorsqu'un négociant prétend dans une circulaire que la baisse de prix annoncée par un concurrent

est due à la fabrication moins parfaite de ses produits (Trib. comm. Seine, 22 juillet 1880, Teulet, 1880, 554).

Il y a aussi concurrence déloyale dans le fait par un concurrent de dénigrer par voie d'affiches, prospectus et annonces, les marchandises d'un autre commerçant, notamment en disant que ses produits ont reçu la plus haute récompense à une exposition, et que ceux de son concurrent n'ont même pas été examinés à cause de leur infériorité (Montpellier, 4 mai 1885, Pat., 1885, 274) (1).

Pour qu'il y ait concurrence déloyale lorsqu'on nomme un concurrent et qu'on parle désavantageusement de ses produits, dans des prospectus ou verbalement, il faut qu'il y ait vraiment intention de lui nuire et d'attirer à soi sa clientèle. Voici des cas, en effet, où la jurisprudence s'est refusée à reconnaître la concurence déloyale.

Elle a décidé qu'un commerçant ne commettait pas un acte de concurrence déloyale quand il annonçait dans une circulaire qu'il livrerait ses marchandises à des conditions plus avantageuses que telle autre maison nommément désignée (Trib. comm. Marseille, 10 octobre 1879, Jurispr. comm. Marseille, 1880, 13) (2).

Elle a décidé aussi que la critique d'un remède, même faite en termes inconvenants par un médecin devant un client et dans son cabinet, ne lui fait encourir aucune responsabilité à l'égard de l'inventeur du remède, si, d'ailleurs, ces propos n'ont pas été inspirés par une intention malveillante et dans le but de nuire à ce dernier (Bordeaux, 25 février 1873, Dall., 1873, 5, 407). On peut dire que ce n'est pas d'une véritable concurrence déloyale que l'inventeur avait à se plaindre, dans l'espèce, mais d'un prétendu préjudice qui s'en rapproche beaucoup et auquel on applique d'ailleurs le même principe, celui de l'article 1382.

58. Il est certaines hypothèses dans lesquelles les tribunaux ne statuent pas d'une façon toujours identique. Par exemple, on se demande si un commerçant peut inviter le public à ne pas confondre un autre établissement avec le sien.

(1) Voir aussi : Paris, 27 juillet 1850, Dall., 1851, 2, 168 ; Sent. arbitr. du 23 septembre 1857, Pat., 1862, 326 ; Trib. comm. Seine, 18 avril 1859, Pat., 1859, 252 ; 21 juin 1859, Pat., 1859, 367 ; Riom, 10 août 1859, Pat., 1859, 499; Trib. comm. Seine, 1er juin 1860, Pat., 1860, 358 ; Trib. comm. Seine, 16 mai 1866, Pat., 1868, 140 ; Trib. comm. Seine, 17 janvier 1867, Pat., 1867, 63 ; Trib. comm. Seine, 18 mai et 1er juin 1867, Pat., 1867, 237; Paris, 23 avril 1869, Pat., 1869, 115 ; Aix, 12 mars 1870, Pat., 1873, 205 Besançon, 5 février 1874, Pat., 1874, 303 ; Bruxelles, 19 décembre 1885, *Pasicrisie* 1886, 2, 152.

(2) Voir aussi : Bruxelles, 28 janvier 1886, *Pasicrisie*, 1886, 2, 147.

Le tribunal de commerce de la Seine a décidé qu'un commerçant a le droit de faire insérer, dans un annuaire, qu'il ne faut pas confondre un établissement voisin avec le sien, alors d'ailleurs que cette mention pure et simple n'implique aucune indication de nature à nuire au crédit de la maison désignée et n'a pour but que d'établir une distinction nécessaire entre les établissements (Trib. comm. Seine, 24 avril 1862, Teulet, 12, 6).

Par contre, un arrêt de la Cour de Douai décide qu'un commerçant excède son droit en désignant nominativement dans ses annonces un établissement rival en disant de ne pas le confondre avec le sien (Douai, 21 mars 1866 et 20 juillet 1866, Pat., 1868, 20).

Comment expliquer cette divergence ? Tout simplement par cette considération qu'il n'y a jamais qu'une question de fait à examiner pour savoir s'il y a ou non concurrence déloyale, et au cas particulier où il n'y a pas mauvaise foi, pour apprécier si les allégations sont de nature à nuire aux affaires du concurrent. Poser en cette matière des règles absolues, serait téméraire et inexact; tout dépend des circonstances.

59. La même observation pourrait être faite en ce qui concerne d'autres difficultés qui se sont présentées devant les tribunaux et que nous trouvons aussi résolues différemment. Nous citerons la question de savoir s'il y a concurrence déloyale à comparer le nombre des affaires que l'on fait soi-même avec celles que fait un concurrent.

Il a été jugé, à cet égard, qu'un commerçant avait le droit de faire imprimer et distribuer des circulaires indiquant le nombre des affaires faites par lui, comparativement à celui des affaires faites par les autres maisons se livrant au même genre d'opérations (Douai, 5 janvier 1855, Le Hir., 1855, 2, 295).

D'autres décisions sont en sens opposé sur cette question. Ainsi, le tribunal de commerce de la Seine a vu une concurrence déloyale dans le fait, de la part d'un directeur de journal, de publier des tableaux comparatifs de la vente de son journal et d'une autre feuille, en faisant ressortir l'infériorité des chiffres de vente de cette dernière (Trib. comm. Seine, 21 mai 1884, Pat., 1885, 119).

La divergence s'explique ici encore par la différence dans les circonstances de la cause.

60. Dans toutes les hypothèses qui précèdent, nous avons sup-

posé qu'un commerçant dénigrait les produits d'un concurrent en le nommant lui-même. Mais y aurait-il aussi concurrence déloyale si, sans nommer personne, il se bornait à proclamer que les produits qu'il vend ou fabrique sont supérieurs à tous ceux qui sortent des autres maisons. On peut dire que non, en général, parce-qu'il n'y a pas là de préjudice causé à un concurrent déterminé et que la généralité même de ces assertions fait qu'elles n'atteignent personne. Les éloges qu'un commerçant décerne à ses propres produits, les critiques qu'il dirige contre ceux des autres industriels ne sont alors que l'exercice du droit à la libre concurrence.

D'où, les décisions suivantes. L'annonce mensongère d'un commerçant déclarant qu'il est en mesure de vendre un produit moins cher que ses concurrents ne leur donne pas d'action en dommages-intérêts si aucun d'eux n'est nommément désigné (Trib. comm. Strasbourg, 28 juin 1861, Pat., 1861, 280). Dans le même sens, on ne considère pas comme moyens de concurrence déloyale des prospectus ne contenant aucune indication du concurrent et se bornant à la critique impersonnelle des produits d'une industrie similaire (Paris, 31 janvier 1865, Pat. 1865, 139) (1).

Mais il n'en est pas toujours ainsi. Il peut y avoir concurrence déloyale même quand on ne nomme pas tel ou tel concurrent déterminé, si réellement quelques-uns ou tous éprouvent un préjudice. C'est toujours une question de fait.

Jugé en ce sens que le droit appartenant à chaque industriel de vanter ses produits ne peut aller jusqu'à dénigrer, comme nuisibles et pernicieux, tous les produits similaires obtenus à l'aide de certains procédés déterminés ; en ce cas, l'industriel qui emploie pour sa fabrication des procédés semblables ou analogues à ceux décriés a une action pour demander la suppression des allégations qui lui sont préjudiciables, encore bien qu'il n'aurait pas été nommément désigné (Trib. comm. Seine, 18 juin 1876, Pat., 1877, 256) (2).

61. C'est surtout au cas où l'on se dit seul fabricant d'un produit, qu'il peut y avoir concurrence déloyale, sans cependant prendre à partie tel ou tel fabricant. Il est clair que celui qui fabrique la même nature de produit se trouve atteint par cette allégation

(1) Dans le même sens : Paris, 1er mai 1860, Pat., 1860, 277 ; Trib. comm. Seine, 1er juin 1860, Teulet, 9, 322 ; Paris, 15 février 1875, Pat., 1875, 380.

(2) Dans le même sens : Trib. civ. Seine, 8 février 1877, Pat., 1877, 17.

mensongère ; tout fabricant intéressé pourra alors se plaindre de ce manque de loyauté commerciale et demander la réparation du préjudice qui lui est causé. Par exemple, si une personne se prétend seule propriétaire des outils et instruments indispensables pour atteindre le degré de perfection qui a été obtenu dans un certain genre de fabrication (Trib. comm. Seine, 1er décembre 1853, *le Droit*, 3 décembre) ; ou si une personne se prétend seule propriétaire des principales carrières d'une région (Paris, 18 février 1852, Le Hir., 1860, 2, 137) (1).

Il en est de même lorsqu'on prétend faussement avoir seul obtenu certaines récompenses ou approbations. C'est ce qui a été décidé au sujet d'un constructeur qui avait prétendu être le seul dont les machines avaient été admises à une exposition (Paris, 4 août 1863, Teulet, 13, 261) ; et au sujet d'un industriel qui avait annoncé qu'il avait reçu la plus haute récompense à une exposition, alors qu'en réalité il n'avait eu qu'une médaille de bronze, tandis qu'un concurrent en avait eu une d'argent (Limoges, 28 avril 1880, Teulet, 1880, 521). Enfin, on a vu une concurrence déloyale dans le fait d'un commerçant d'annoncer faussement que des modèles d'uniforme ont été acceptés par l'Administration ; il y a là un préjudice évident dont peuvent se plaindre ceux dont les modèles ont été réellement agréés (Trib. comm. Seine, 14 décembre 1852, *le Droit*, 16 décembre).

62. Enfin, il nous reste à nous demander ce qu'il convient de décider au cas où deux concurrents ont réciproquement déprécié leurs établissements ou leurs produits. Il résulterait de diverses décisions que la fraude étant réciproque, s'annihilerait en quelque sorte; que la réciprocité des torts rendrait chacun des concurrents non recevable à poursuivre l'autre (Trib. comm. Seine, 1er juillet 1863, Pat., 1864, 143 ; Paris, 25 janv. 1870, Teulet, 20, 34). Cette solution nous semble douteuse et nous trouvons que c'est avec raison qu'elle est critiquée par M. Pouillet (2). D'après cet auteur, on ne saurait ériger en principe qu'on puisse répondre à la concurrence déloyale par la concurrence déloyale, et le mieux serait de prononcer une double condamnation.

(1) Dans le même sens : Paris, 3 mai 1852, Le Hir., 1861, 2, 318 ; Trib. comm. Seine, 20 mai 1858, Pat., 1859, 158.

(2) Pouillet, n° 623, p. 598, note 1.

SECTION II.

Vente au rabais.

63. Le principe de la liberté du commerce autorise chaque commerçant à vendre ses marchandises au prix qu'il lui convient, fût-ce même à perte, sauf toutefois la responsabilité qu'il encourt en cas de faillite. Le détaillant n'est donc nullement obligé de vendre la marchandise à un prix supérieur à celui qu'il l'a payée, à moins de convention contraire passée avec le fabricant. Donc, le seul fait d'avoir vendu une marchandise au rabais ne sera pas, dans la plupart des cas, un acte de concurrence déloyale, mais seulement l'exercice d'un droit.

Il peut arriver cependant que la vente au rabais, ou l'annonce de vente au rabais devienne une concurrence déloyale. Cela aura lieu si la vente au rabais se produit dans des circonstances telles qu'elle ait pour résultat fatal d'entraîner une dépréciation de la marchandise et un avilissement du prix courant du fabricant.

« La vente au rabais, dit M. Joret-Desclosières, n'est possible que sous cette condition, qu'elle ne pourra nuire à autrui d'après les principes généraux du droit. Or, si le marchand joue ce double jeu de vendre au-dessous du tarif du fabricant et de se réclamer en même temps de son nom et de sa marchandise pour allécher le public par l'appât d'une réduction de prix importante qu'il n'obtiendrait même pas en fabrique, il est évident que le détaillant déprécie la marchandise, qu'il avilit son prix courant, et qu'il occasionne par conséquent au fabricant un préjudice qui doit être réparé » (1).

Il est impossible de formuler d'une façon plus précise le signe auquel on reconnaîtra le caractère illicite d'une vente au rabais, les décisions des tribunaux ayant leur base dans un examen attentif et minutieux des faits.

Les tribunaux décident qu'il n'y a pas concurrence déloyale lorsqu'il est établi que la baisse de prix n'a pas eu pour but de nuire à un concurrent, lorsque d'ailleurs aucun concurrent n'a été nommé, et que cette réduction de prix a eu au contraire pour

(1) Voir : Joret-Desclosières, article dans *Monit. Trib.*, 1864, 377.

résultat de faciliter l'écoulement des produits du fabricant (1). Il a été jugé aussi que le fait, de la part d'un marchand de livres, d'avoir publié des catalogues et annonces destinés à prévenir le public de la mise en vente de différents ouvrages, à des prix inférieurs à ceux de l'éditeur, ne constitue pas un cas de concurrence déloyale, lorsqu'il est constaté que le marchand les détient de seconde main et qu'il n'a pas déprécié la valeur de ces ouvrages par le prix auquel il les a vendus (Paris, 8 février 1875, Pat., 1877, 220). Enfin, on peut citer un jugement récent qui écarte la concurrence déloyale dans une hypothèse où le concurrent demandeur n'avait pas été nommément désigné dans les prospectus et catalogues et où la baisse de prix était le résultat de traités spéciaux passés avec des fabricants (Trib. comm. Seine, 17 février 1887, *Gaz. Trib.*, 12 mars).

On jugera au contraire qu'il y a concurrence déloyale lorsque, à l'avilissement du prix, le commerçant joint des appréciations malveillantes destinées à discréditer le produit de son concurrent, et à faciliter au contraire la vente d'un produit similaire qu'il fabrique. Par exemple, s'il est vrai qu'un libraire puisse mettre en vente un ouvrage au-dessous du prix fixé par l'éditeur, alors surtout qu'il le présente comme étant d'occasion, il ne peut ajouter à cette annonce de rabais que l'ouvrage est peu estimé, alors que lui-même a édité le même ouvrage et qu'il est constant qu'en agissant ainsi, il a voulu déprécier l'édition de son confrère et montrer la supériorité de la sienne (Trib. comm. Seine, 15 mai 1856, Pat., 1856, 157). On voit que ces faits constitueraient encore une concurrence déloyale à un autre titre, à savoir en ce qu'ils tendent à déprécier les produits d'un concurrent.

De même il a été jugé qu'il y avait un acte de concurrence déloyale lorsqu'un industriel, pour assurer la vente de produits dont il a le monopole, s'est procuré, moyennant remise et à l'aide de manœuvres frauduleuses, chez un concurrent des objets similaires et les a mis en vente à des prix inférieurs après avoir fait apposer des affiches contenant des énonciations de nature à discréditer les produits de son rival (C. Besançon, 25 avril 1877, Pat. 1877, 152 (2).

(1) En ce sens : Trib. comm. Seine, 19 mai 1858, Pat., 1858, 302 ; Bordeaux, 8 mars 1859, Pat., 1860, 275 ; Bordeaux, 28 mai 1861, Pat., 1862, 377 ; Trib. comm. Strasbourg, 21 juin 1861, Pat., 1861, 280 ; Paris, 2 décembre 1869, Pat., 1870, 60.

(2) Voir encore les différentes espèces citées dans Pouillet, nos 628 et 629.

SECTION III.

Détournement d'ouvriers.

64. A la différence de ce qui se passait dans notre ancienne France, la liberté du travail est le principe aujourd'hui admis. L'ouvrier est libre d'offrir ses services à qui il veut, et de quitter la maison dans laquelle il s'est placé. Il n'y a de restriction pour lui que dans les conventions par lesquelles il s'est librement engagé envers son patron.

On s'est demandé pourtant s'il n'y avait pas aussi d'autres restrictions résultant d'anciens règlements, antérieurs à 1789, qui avaient pour but d'assurer la bonne fabrication de divers produits, notamment pour l'industrie du papier et du fer. Ces règlements défendaient aux ouvriers, sous des peines sévères, de quitter brusquement un patron, au risque de laisser un travail inachevé et de lui causer par là un préjudice souvent considérable. C'est une question controversée de savoir si ces règlements ont été abrogés (1).

Quoi qu'il en soit, le détournement des employés d'une maison de commerce ou des ouvriers d'une fabrique est une concurrence déloyale s'il a pour but de surprendre des secrets de fabrication ou de profiter de l'habileté ou du talent de l'employé ou de l'ouvrier qui a été détourné, ou, encore même que ces résultats n'auraient pas été produits, s'il y avait simplement préjudice.

On peut citer, à titre d'exemples, les décisions suivantes :

Il a été jugé que l'individu qui, en promettant certains avantages, a détourné et embauché un ouvrier d'une usine rivale, peut être condamné à des dommages-intérêts, même s'il est constant que cet embauchage n'a amené la révélation d'aucun secret de fabrique (Paris, 26 janvier 1856, Pat., 1856, 125).

Il y a aussi concurrence déloyale dans le fait d'un directeur de café-concert, de s'entendre avec un artiste pour lui faire rompre ses engagements avec un établissement rival (Paris, 4 février 1865, Pat., 1865, 154) ; et dans le fait d'un employé dirigeant une spécialité dans une maison de commerce, de débaucher, en la quittant, les commis sous ses ordres pour fonder un établisse-

(1) Voir les articles de M. Huard, dans la *Propr. Industr.*, nos 283 et 341.

ment rival et s'emparer de la clientèle (Paris, 5 mai 1868, Teulet, 18, 169).

Il a été jugé aussi qu'une action en dommages-intérêts pour révélation et usurpation de secrets de fabrique à l'aide d'embauchages d'ouvriers et autres moyens contraires à la loyauté commerciale contient virtuellement une action en concurrence déloyale. En conséquence, lorsque cette action a été introduite devant la juridiction civile, et que les moyens déloyaux sont établis, les juges peuvent, tout en mettant hors de cause l'ouvrier révélateur, condamner pour concurrence déloyale le négociant qui y a eu recours pour se procurer les secrets de fabrication d'un concurrent (Lyon, 1er juillet 1870, Pat., 1872, 34).

Dans ces hypothèses, la concurrence déloyale n'a pas tendu à établir une confusion entre les établissements. Notons que parfois il peut pourtant en être ainsi. Nous n'avons pas parlé de ce mode de confusion dans le chapitre précédent : nous nous contentons de le rapprocher ici des cas où le détournement d'ouvriers n'établit pas de confusion. En voici un exemple. Il a été jugé que c'était de la part d'un boulanger un acte de concurrence déloyale que de détourner une porteuse de pain pour s'approprier par ce moyen la clientèle de son concurrent (Paris, 21 octobre 1858, *le Droit*, n° 252).

SECTION IV.

Manœuvres déloyales de la part d'un ancien ouvrier.

65. Nous avons vu que le commerçant qui, dans l'intérêt de son industrie, détourne les ouvriers d'un concurrent, fait un acte de concurrence déloyale. Mais il peut aussi se faire qu'un ouvrier ou employé, soit en passant dans une autre maison, soit en établissant pour son compte un commerce similaire, s'expose à une action en concurrence déloyale.

Supposons d'abord qu'un ouvrier ou un employé entre dans une autre maison. Ce serait de sa part un acte de concurrence déloyale que d'apporter à son nouveau patron des renseignements qu'il tient de la situation qu'il occupait dans la maison où il était.

Ainsi un commis ne peut pas, en quittant une maison de commerce, relever sur un carnet les noms et adresses des clients pour en faire bénéficier une maison rivale qui l'en récompenserait en lui faisant une position avantageuse (Paris, 24 juin 1858, Teulet, 7, 396).

Il y aurait même concurrence déloyale de la part de celui qui abuserait de renseignements obtenus par l'ancien contre-maître d'un concurrent, lequel ne les possédait que pour les avoir confidentiellement reçus ou abusivement surpris (Gand, 31 octobre 1885, *Pasicrisie*, 1886, 2, 131).

Supposons en second lieu que l'ancien ouvrier établisse lui-même un commerce similaire. C'est incontestablement son droit; ainsi le veut le principe de liberté. Mais, comme il peut alors faire concurrence à son ancien patron, il sera tenu à une loyauté plus scrupuleuse encore que tout autre concurrent. Il ne devra pas abuser de la connaissance qu'il a des procédés de fabrication employés dans l'établissement qu'il a quitté, des renseignements qu'il possède sur la clientèle de la maison pour la détourner ; en un mot, il ne devra pas faire à son ancien patron une concurrence déloyale.

Nous ne reviendrons pas sur ce qui lui est commun avec tout autre concurrent ; comme tout autre il ne doit usurper ni le nom de la maison, ni la dénomination d'un produit, ni l'enseigne, il ne doit copier ni imiter les prospectus ou étiquettes, mais il est certains procédés de concurrence déloyale qui sont plus particuliers à l'ouvrier quittant un patron pour s'établir et sur lesquels la jurisprudence a eu à se prononcer.

L'ouvrier ne peut se servir auprès du public du nom de la maison qu'il a abandonnée pour annoncer, par des circulaires, qu'il cesse d'en faire partie et qu'il fonde personnellement une maison du même genre (Trib. comm. Lyon, 18 janvier 1875, Rec. Lyon, 1875, 438). Il ne peut pas non plus, au moyen de renseignements puisés dans les livres d'adresses de la maison qu'il quitte, se former une clientèle personnelle au détriment de cette maison, soit en invoquant les travaux auxquels il aurait concouru, soit en utilisant les documents qu'il a soustraits. (Paris, 4 août 1881, Pat., 1881, 244).

Il y aurait aussi concurrence déloyale, si d'anciens ouvriers d'une maison montaient une maison rivale en prenant une raison sociale pouvant amener une confusion entre les deux établisse-

ments (Trib. comm. Seine, 28 janv. 1866, *J. Trib. comm.*, t. XV, 366 ; Lyon, 3 juin 1870, Pat., 1870, 363).

Nous verrons plus loin dans quel cas on peut considérer le titre d'ancien ouvrier ou d'ancien employé comme constituant un acte de concurrence déloyale.

Il faut rapprocher du cas où un ancien ouvrier ou employé fonde une maison nouvelle celui où il se borne à offrir ses services aux clients de son patron, sans sortir de chez lui. Il y a toujours dans ce fait une concurrence déloyale. Ainsi, l'ouvrier qui sollicite les clients de son patron et leur offre de travailler pour eux au rabais en dehors de l'atelier commet un acte de concurrence déloyale (Aix, 31 décembre 1864, Le Hir., 1865, 2, 83).

Mais il ne faut pas non plus, sous prétexte que la concurrence serait déloyale, sacrifier entièrement les droits de l'ouvrier qui laisse son patron pour s'établir. Les tribunaux doivent donc apporter une grande prudence dans leurs appréciations. Ainsi s'expliquent les décisions suivantes qui écartent avec raison la concurrence déloyale.

Un commis peut, après avoir quitté une maison pour s'établir lui-même, visiter les clients de cette maison et recevoir leurs commandes, s'il est prouvé qu'il n'a recouru à aucune manœuvre déloyale (Paris, 22 juillet 1861, Teulet, 10, 445).

De même, l'ancien gérant d'une compagnie peut, sans se rendre coupable de concurrence déloyale, utiliser pour son propre compte les connaissances et l'expérience qu'il a acquises au service de cette compagnie, ou en faire profiter une société rivale. « Ces luttes, ces retournements de situation sont dans les habitudes ordinaires du négoce et contribuent à la prospérité générale du commerce » (Trib. civ. Seine, 17 novembre 1885).

Le directeur d'une société ne fait qu'user d'un droit en annonçant à tous ses adhérents la sortie des employés démissionnaires. Mais il ne saurait se plaindre lui-même des agissements de ses anciens employés qui ont fondé une agence rivale, qu'autant qu'il justifierait de faits illicites constituant une concurrence déloyale. (Trib. civ. Seine, 6 janvier 1874, *Société des Gens de Lettres ;* Pat. 1874, 137).

SECTION V.

Fausses qualités.

66. Un moyen de concurrence déloyale consiste aussi à s'attribuer mensongèrement certaines qualités d'où résulte aux yeux du public une supériorité sur les concurrents. Le seul fait de faire croire à un titre que l'on n'a pas constitue le délit de concurrence déloyale. Les titres ainsi usurpés dans un but frauduleux sont principalement ceux d'inventeur, de breveté, de dépositaire, de fournisseur de certaines personnes.

Le véritable titulaire du titre aurait évidemment le droit de se plaindre de l'usurpation. Mais nous pensons qu'il n'est pas le seul auquel il faudra reconnaître le droit d'intenter une action. Il est le principal intéressé, mais non le seul ; tous les autres commerçants qui vendent des choses pareilles sont aussi atteints, car le public se détournera de chez eux pour aller de préférence chez celui qui fait montre d'une supériorité grâce aux titres usurpés. Nous sommes donc disposés à admettre que l'action en concurrence déloyale appartiendra non seulement à ceux dont le titre a été usurpé, mais encore à tous ceux qui exercent la même profession.

67. Ce sont d'abord les titres d'inventeur et de breveté dont l'usurpation peut constituer un acte de concurrence déloyale. Ces deux qualités sont loin de se ressembler. L'inventeur est celui qui a découvert un produit ou un mode de fabrication. Le breveté est celui qui a le droit exclusif d'exploiter une invention. Le titre d'inventeur ne saurait être limité dans sa durée, puisqu'il n'est que la constatation d'un fait que rien ne peut effacer ; aussi est-il perpétuel. Le titre de breveté au contraire a une durée limitée ; il ne dure pas plus de quinze ans et encore ce délai peut-il se trouver abrégé ; il est en même temps transmissible, car les avantages que le brevet confère peuvent être l'objet d'une cession totale ou partielle. Le titre d'inventeur survit donc à celui de breveté. Mais, si le titre de breveté dure moins longtemps que celui d'inventeur, l'usurpation de ce titre est pourtant de nature à causer un préjudice plus grave que celle du second. C'est qu'en effet, lorsqu'on se prétend breveté, on fait croire au public qu'on a le droit exclusif de fabriquer l'objet ; d'où le public conclut que les mêmes produits n'existent pas chez les concurrents, ou que, s'il s'y trouvent, ils sont contrefaits. Lorsque l'usurpation porte sur le titre d'inventeur, le

préjudice est moindre ; le public se figure seulement qu'il sera mieux servi que chez un concurrent. Il y a en outre cette différence que l'usurpation du titre de breveté est punie par la loi du 5 juillet 1844 (art. 33), de peines particulières (1), tandis que l'usurpation du titre d'inventeur n'est punie que d'après les principes du droit commun.

La jurisprudence a reconnu, par exemple, qu'il y avait concurrence déloyale dans les hypothèses suivantes où le titre d'inventeur a été usurpé.

Le titre et l'honneur d'une invention étant inaliénables, le cessionnaire d'un brevet ne peut prendre le titre d'inventeur, encore bien qu'il eût apporté à l'invention primitive des modifications et des perfectionnements ; et qu'il en est surtout ainsi quand la cession n'a pas été entière et n'a eu lieu que sous réserve d'exploitation de la part de l'inventeur (Paris, 3 décembre 1859, Pat., 1859, 411).

Plus récemment, la Cour de Paris a déclaré aussi que le bénéfice moral de l'invention doit rester à l'inventeur et à ses héritiers, même après l'expiration du brevet ; que les tribunaux peuvent interdire à une maison rivale l'emploi de toute dénomination qui tendrait à lui attribuer le mérite et l'honneur d'une invention qu'elle n'a pas faite (Paris, 25 janvier 1875, Pat., 1875, 237) (2).

Dans ces exemples, le titre d'inventeur existait au moment où la cession avait eu lieu ; dans le cas où ce titre n'aurait pas encore pris naissance c'est-à-dire si l'invention était cédée avant que le titre d'inventeur ne se fût fixé sur une personne par la prise d'un brevet ou tout autre acte public, le cessionnaire pourrait profiter du titre d'inventeur en prenant, par exemple, un brevet en son nom.

68. On peut rapprocher de l'usurpation de la qualité de breveté une autre hypothèse dont nous avons déjà parlé et où il y a souvent concurrence déloyale, c'est celle où l'on se dit seul fabricant de tel produit. Si en effet cette affirmation ne fait pas croire que d'autres fabricants ne peuvent pas le fabriquer, elle est sus-

(1) Il a été jugé que l'annonce mensongère d'un brevet étranger constitue un fait de concurrence déloyale, qui ne tombe pas sous l'application de l'article 33 de la loi du 5 juillet 1844, lequel ne punit que les fraudes concernant les brevets pris en France (Nancy, 21 novembre 1881, Pat., 1883, 241).

(2) Voir aussi : Paris, 23 juillet 1861, Pat., 1862, 374 ; Douai, 20 mars 1886, Pat., 1886, 309.

ceptible de faire croire que, en fait, ils ne le fabriquent pas, ce qui peut leur causer un préjudice.

69. Un autre titre dont l'usurpation constitue aussi un acte de concurrence deloyale est celui de dépositaire. On ne peut se faire passer pour tel, alors qu'on n'est qu'un simple détaillant Le titre de dépositaire implique que le commerçant est en rapports suivis avec le fabricant qui lui aurait fait le dépôt, qu'il le représente et que sa maison est en quelque sorte une succursale de la fabrique. On conçoit quel préjudice peut en résulter pour ceux qui sont vraiment dépositaires : le public ira indifféremment chez eux et chez celui qui s'intitule faussement dépositaire, croyant trouver chez lui aussi bien que chez les autres les mêmes produits. A plus forte raison le simple détaillant ne pourrait-il se dire seul dépositaire. Cette fraude nuirait non seulement aux véritables dépositaires, mais aussi aux autres détaillants vendant des choses semblables, car le titre de dépositaire d'une maison connue pourrait être aux yeux du public une recommandation et une cause de supériorité sur les concurrents. Le titre de dépositaire ne peut donc être pris que par celui qui y a droit, c'est-à-dire par celui qui le tient d'un contrat réellement passé avec le fabricant.

D'après ces principes, il a été jugé que l'expression de dépôt, en matière de commerce, a un sens déterminé et précis qui implique l'existence d'un lien direct et sans intermédiaire entre le propriétaire ou fabricant des produits et le dépositaire ; il en résulte un moyen légitime d'appeler la confiance du public sur l'établissement qualifié de dépôt, et ainsi cette qualification, comportant avec elle une valeur, ne peut être prise et annoncée au public que par celui qui reçoit directement du propriétaire les produits qu'il débite (Trib comm. Seine, 22 avril 1854, *Gaz. Trib.*, 24 avril). Ce jugement montre très bien comment cette qualification mensongère fait naître chez le public une confiance usurpée.

Il a été jugé aussi qu'il y a concurrence déloyale de la part du libraire qui annonce, contrairement à la vérité, qu'il est seul dépositaire d'un ouvrage ; les autres libraires, qui éprouvent un préjudice par suite de cette annonce sont en droit d'en demander réparation (Dijon, 13 août 1860, Pat., 1861, 25). D'ailleurs, le titre de *seul dépositaire*, lorsqu'il est mensonger, cause toujours aux autres commerçants, ainsi que nous l'avons dit, un préjudice encore plus grand que le simple titre de dépositaire (1).

(1) Voir encore : Trib. omm. Seine, 8 août 1855, *le Droit*, 15 août.

70. Les mêmes conséquences seraient attachées à l'annonce mensongère faite par un commerçant qu'il est fournisseur de certains établissements importants ou de certaines personnes célèbres ou connues. La confiance accordée à un négociant par ces établissements ou ces personnes dénote un mérite particulier et elle est de nature à faire impression sur le public ; il pourra donc en résulter pour ce négociant un accroissement de clientèle, au détriment de ses concurrents. Si le fait est vrai, les concurrents n'ont pas à se plaindre ; mais, s'il est faux, il y a concurrence déloyale. Ainsi les tribunaux, soit sur la demande de ceux qui ont droit au titre, soit sur la demande de simples concurrents, ont ordonné la suppression des titres pris sans droit de *dentiste des collèges de Paris* (Trib. civ. Seine, 18 mars 1846, *Gaz. Trib.*, 19 mars), d'*artificier de l'empereur* (Trib. comm. Seine, 28 août 1857, *le Droit*, n° 208), de *pharmacien de l'ambassade anglaise* (Trib. civ. Seine, 7 janvier 1841, *le Droit*, p. 27). Dans cette dernière hypothèse, le pharmacien avait, il est vrai, fait précéder ce titre du mot *ancien*, mais en lettres tellement imperceptibles que l'attention se concentrait tout entière sur le reste de l'inscription.

71. Enfin, il en serait de même de tous les titres qu'un négociant pourrait prendre mensongèrement, dans le but de faire croire à une supériorité sur ses concurrents, notamment de certains titres dont nous allons parler à un autre point de vue, ceux d'élève, d'ouvrier, de parent par exemple. Il y aurait donc dans tous ces cas concurrence déloyale et on appliquerait les mêmes règles.

Ainsi, il a été jugé qu'il y a concurrence déloyale dans le fait par un individu qui installe une maison de commerce, de prendre la qualification d'*ex-intéressé* d'une autre maison dans laquelle il n'a été qu'un employé avec appointements fixes et gratifications (Trib. comm. Seine, 8 janvier 1877, *la Loi*, 19 janvier).

Il a été jugé aussi qu'il y a concurrence déloyale de la part du commis voyageur qui se fait remettre des ordres en se donnant mensongèrement comme représentant d'une maison avec laquelle les acheteurs, auxquels il s'adresse, ont des relations habituelles (Trib. comm. Bordeaux, 29 avril 1879, et Cour Bordeaux, 11 janvier 1881, Pat., 1881, 315).

SECTION VI

Rappel de titres que l'on possède.

72. Nous avons supposé, dans la section précédente, qu'un négociant avait pris un titre auquel il n'avait pas droit ; nous avons à envisager maintenant des hypothèses inverses, dans lesquelles le négociant a publié son nom en le faisant suivre de titres qui lui appartiennent réellement et qui sont conformes à la vérité. Mais la question qui se pose est celle de savoir s'il a toujours le droit de porter ces titres.

73. Prenons d'abord le titre d'élève. Celui qui a fait son éducation industrielle chez tel fabricant a-t-il le droit de se dire son élève, ou ne peut-il prendre cette qualification qu'avec l'autorisation de son patron ? Les auteurs sont partagés. D'après les uns, l'élève n'aurait jamais le droit de rappeler ce titre ; d'après d'autres, ce droit lui appartiendrait dans tous les cas ; enfin, dans une troisième opinion, celle-ci intermédiaire entre les deux opinions extrêmes, il n'y aurait pas de règle absolue et la solution serait subordonnée aux circonstances de fait de chaque espèce. La jurisprudence paraît plutôt fixée dans ce dernier sens, c'est-à-dire qu'elle n'admet pas de règle absolue.

Il est d'abord des auteurs qui refusent absolument le droit de prendre le titre d'élève ; ils mettent d'ailleurs sur la même ligne les titres d'élève, d'apprenti, d'ouvrier. Si ce titre, dit-on, est pris par un élève inintelligent ou qui n'aura pas su mettre à profit les leçons qu'il a reçues, le nom du maître s'en trouvera atteint et injustement discrédité. On a donné aussi une autre raison à l'appui de cette opinion, c'est que le nom est la propriété exclusive de celui qui le porte et que nul n'a le droit de s'en servir même de cette manière. L'autorisation de l'ancien maître pourrait seule permettre l'emploi du titre (1).

Dans un système diamétralement opposé, on prétend que l'élève ou l'apprenti a, sans restriction, le droit de rappeler sa qualité. On fait observer qu'il est intervenu entre l'élève et le patron un contrat aux termes duquel ce dernier s'est engagé à instruire son apprenti dans la pratique d'une industrie. Le choix du patron

(1) Blanc, p. 715; Gastambide, p. 469 ; Huard, dans la *Prop. ind.*, n° 169.

a été déterminé par la notoriété de celui-ci et l'espoir que le reflet de sa réputation rejaillirait sur l'avenir commercial ou industriel de l'apprenti. Or, cet avantage ne se réalise pas s'il est interdit à l'élève ou à l'apprenti de prendre cette qualité et d'indiquer ainsi l'école où il s'est formé. Quant au prétendu discrédit qui peut retomber sur le nom du maître, ce n'est qu'une illusion. Le public sait fort bien que l'élève n'a pu s'assimiler les leçons du maître, au point d'avoir acquis l'intelligence et toutes les aptitudes de celui-ci (1).

La vérité nous paraît être entre ces deux opinions extrêmes. Il ne peut y avoir de règle absolue. Les tribunaux auront à apprécier, d'après les circonstances de la cause, s'il y a ou non concurrence déloyale, voilà la seule règle. On n'interdira donc pas, par principe, l'indication de la qualité d'élève ou d'apprenti; ce n'est nullement abuser du nom d'autrui, puisqu'on ne fait que constater un fait exact en lui-même. Mais dès que l'emploi de ce nom pourra causer un préjudice, alors les tribunaux auront la faculté de l'interdire; par exemple, si le commerçant fait ressortir sur son enseigne ou ses prospectus le nom de son maître plus que le sien propre, s'il laisse entendre faussement qu'il a pris la succession de son maître, s'il est établi que l'apposition de ces qualités fait la vogue de l'élève au détriment du maître.

Il faut reconnaître aux tribunaux sur ce point les plus larges pouvoirs d'appréciation; c'est à eux de rechercher si l'emploi du titre a été ou non licite (2).

« On ne saurait, dit le tribunal de commerce de la Seine, reconnaître le droit à celui qui a effectivement donné des leçons et en a obtenu le prix, d'interdire à ceux qui les ont reçues pendant le temps déterminé de se dire ses élèves et de se présenter à ce titre à la confiance publique; mais l'énonciation d'un fait vrai cesse d'être licite, quand elle est faite dans l'intention ou de manière à nuire à autrui, par exemple lorsque le nom du maître est écrit en caractères plus grands et plus apparents que les autres; les tribunaux peuvent, en ce cas, prescrire les modifications qu'ils jugent nécessaires pour concilier les intérêts respectifs de l'élève et du maître, ordonner no-

(1) Bédarride, n° 751; Calmels, n° 169; Dalloz, *Rep.*, V° *Industrie*, n°s 82 et 360.

(2) Rendu, n° 487; Pouillet, n° 537, p. 521.

tamment que le nom de celui-ci devra figurer dans l'enseigne en caractères d'une dimension moindre que ceux de l'élève ou de l'apprenti » (Trib. comm. Seine, 13 octobre 1841, *Gaz. Trib.*, 18 octobre).

Mais toute difficulté disparaît bien entendu lorsque le fabricant a autorisé un de ses élèves à rappeler ce titre. On peut se demander seulement si cette autorisation sera définitive et si elle peut être invoquée même contre le successeur de celui qui l'a donnée. Il est permis d'en douter, tout au moins si l'on peut voir dans le rappel de cette qualité une concurrence déloyale causant un préjudice à l'acquéreur du fonds du patron ; si au contraire ce préjudice n'existe pas, il n'y a pas de raison pour que l'autorisation ne demeure définitive.

Tel est le sens dans lequel il faut entendre certaines décisions ; il a été jugé, par exemple, que l'acquéreur d'un établissement, spécialement d'un cabinet de dentiste, est en droit de s'opposer à ce qu'un ancien employé de la maison prenne cette qualité sur son enseigne et ses prospectus (Trib. civ. Seine, 27 décembre 1863, Pat., 1863, 143) (1).

74 Faut-il étendre ce que nous venons de dire du titre d'élève à celui d'ancien ouvrier, d'ancien contre-maître, ou autres analogues ? Faut-il donner la même solution à la question de savoir si ces divers titres peuvent être rappelés ? Un grand nombre de décisions se prononcent de la même manière que dans le cas précédent. Cependant on peut faire observer qu'il y a peut-être ici des raisons pour refuser plus souvent, sinon toujours, le droit de rappeler les titres d'ancien ouvrier et d'ancien contre-maître. M. Pouillet fait observer en effet que l'ancien ouvrier ou l'ancien contre-maître ne peuvent se prévaloir de ces qualités, parce que les fonctions qu'ils ont occupées ne supposent aucune initiation particulière, aucun enseignement intime, comme il arrive du maître à l'élève (2). M. Pouillet en tire la conclusion qu'il faut toujours refuser à l'ancien ouvrier le droit de produire ce titre. D'autres auteurs au contraire distinguent, comme nous le faisons, selon qu'il y a ou non un moyen de concurrence déloyale (3). La jurisprudence offre des divergences. Tantôt elle refuse d'une façon absolue le droit de porter le titre d'ancien ouvrier ou contre-

(1) Voir aussi : Trib. comm. Seine, 27 octobre 1863, Pat. 1864, 187.
(2) Pouillet, n° 542, p. 525.
(3) Ruben de Couder, Dict., V° *Enseigne*, n° 58.

maître, tantôt elle limite cette défense, comme nous pensons qu'elle doit le faire, au cas où les circonstances de la cause démontrent l'existence d'un préjudice.

On peut citer comme très catégorique dans le premier sens un arrêt de la cour de Paris qui voit une concurrence déloyale dans le simple fait de porter l'un des titres dont il s'agit sans même rechercher si ce fait est la source d'un préjudice. Il décide que le fait, par un ancien employé d'une maison de commerce, d'invoquer cette qualité sur ses cartes, lettres et enseignes, et de s'en servir dans l'intérêt d'une maison rivale fondée par lui, donne ouverture à une action en concurrence déloyale ; les tribunaux peuvent lui faire défense de se servir du nom de son ancien patron sous quelque forme que ce soit (Paris, 26 août 1864, Pat., 1864, 415) (1).

D'autres décisions au contraire subordonnent l'action en concurrence déloyale à la constatation d'un préjudice ; ou, si l'on veut, elles voient la concurrence déloyale dans l'acte qui dénote l'intention de nuire, et non dans le seul fait de rappeler le titre d'ancien ouvrier ou contremaître.

Par exemple, il a été décidé qu'on n'avait pas le droit de prendre le titre d'*ancien ouvrier* d'un fabricant, alors du moins que le nom du fabricant est en lettres apparentes et la qualification d'ouvrier en lettres beaucoup plus petites (Trib. comm. Seine, 11 janv. 1836, *Gaz. Trib.*, 20 janvier). Il a été décidé qu'un industriel agit dans un but de concurrence déloyale quand il prend le titre de *premier ouvrier* de tel fabricant alors qu'il ne l'a jamais été (Trib. comm. Seine, 21 mars 1850, Le Hir., 1850, 2, 206) ; ou quand il prend la qualification d'*ancien ouvrier* juste au moment où l'établissement de l'ancien patron est fermé pour cause d'embellissements et de réparations (Trib. comm. Seine, 5 décembre 1838, *Gaz. Trib.*, 6 décembre) (2). Les décisions que nous venons de citer se prononcent donc dans le sens que la jurisprudence suit ordinairement pour le titre d'élève.

75. Il est encore d'autres titres au sujet desquels les mêmes questions peuvent se poser, par exemple le titre d'associé, ou celui qui

(1) Dans le même sens : Trib. comm. Seine, 23 janvier 1857, Pat., 1857, 63 ; Trib. comm. Seine, 9 janvier 1868, Pat., 1869, 95.

(2) Dans le même sens : Trib. comm. Bordeaux, 7 janvier 1851, Le Hir., 1852, 2, 232 ; Lyon, 2 juillet 1875, Pat. 1876, 294 ; Trib. comm. Seine, 30 mars 1876, Pat., 1876, 111. Jugé au contraire qu'il n'y a pas concurrence déloyale : Rennes, 26 novembre 1884, Pat., 1886, 271.

exprime un rapport de parenté. Pour le titre d'ancien associé, on ne voit rien qui s'oppose *a priori* à ce que ce titre soit employé. L'associé se prévaut de la notoriété que la société avait acquise par la réussite de ses opérations, et comme il y a coopéré et que le fait qu'il énonce est vrai, il est juste de lui laisser la faculté de prendre le titre d'ancien associé. Mais ici encore une restriction sera possible, c'est celle résultant du défaut de loyauté dans l'emploi de cette qualification. Toutes ces difficultés se résolvent donc en définitive de la même manière ; on ne peut poser de règle absolue pour déterminer s'il faut ou non autoriser la mention de ces divers titres, mais les tribunaux doivent toujours juger d'après les circonstances.

Quant à l'emploi de titres de parenté, il n'est pas douteux qu'il peut être interdit, si le titre employé est susceptible de produire une confusion. Le successeur d'un commerçant peut s'opposer à ce que les enfants de son prédécesseur, établis dans le même genre de commerce, prennent la qualité de *fils* de ce dernier, car cette qualification serait de nature à faire croire que le fils est le successeur de son père. Il en est de même des qualifications telles que *cousin*, *neveu*, *gendre*, etc. « Une telle désignation, dit M. Blanc, ou n'a aucun sens, ce que l'acheteur ne doit pas supposer, ou n'a d'autre signification que celle de *successeur*, et c'est précisément ce que l'on ne doit pas tolérer, puisque cette signification a le double inconvénient de n'être pas vraie et d'encourager la fraude. » (1).

A notre avis, il faut toujours appliquer la même règle. Ces divers titres ne sont pas défendus absolument ; ils le seraient seulement s'ils fournissaient un moyen de concurrence déloyale.

Par exemple, le nom ou la raison de commerce du père passant au fils qui lui succède dans l'exercice de la même profession, celui-ci peut interdire à d'autres parents de son père de rappeler le lien qui les unit à celui-ci, s'ils exercent la même industrie, et que le rappel de cette parenté soit de nature à causer un préjudice à la maison connue sous le nom de son fondateur.

(1) Blanc, p. 716

CHAPITRE IV.

Concurrence déloyale consistant dans une faute contractuelle.

76. Nous avons montré, en exposant la théorie générale de la concurrence déloyale, que l'action peut être basée soit sur l'existence d'un délit, soit sur l'existence d'une faute contractuelle. Dans les deux chapitres qui précèdent, nous avons envisagé les premières hypothèses, il nous reste à parler de celle où la concurrence est déloyale à raison d'une faute contractuelle.

Rappelons que les conséquences de ces deux formes de concurrence déloyale diffèrent entre elles. De ce que l'action a sa source, dans les hypothèses que nous étudierons, non plus dans les articles 1382 ou 1383, mais dans la violation d'une convention destinée à faire la loi des parties, il en résulte qu'elle peut être mise en mouvement et exercée avant tout préjudice éprouvé ou ressenti, parce que l'un des contractants a toujours le droit d'exiger de son cocontractant l'exécution du contrat.

Les principaux faits de violation des conventions donnant lieu à la concurrence déloyale se rencontrent à l'occasion de la cession d'un fonds de commerce, et de la location d'un fonds de commerce. Nous en parlerons dans les deux sections de ce chapitre.

Nous ne voulons pas dire qu'il ne puisse pas y avoir à la charge d'un commerçant, qui se trouve lié envers une personne par un contrat, des faits tombant sous l'application des articles 1382 et 1383. Si des délits ont été commis, ces articles s'appliquent, car le lien contractuel n'écarte pas les conséquences de la faute délictuelle. En supposant que la faute contractuelle ne soit pas démontrée ou ne soit pas regardée comme suffisamment grave, le demandeur peut avoir le droit de faire condamner son adversaire, s'il y avait un délit de concurrence déloyale tombant dans l'une des hypothèses que nous avons précédemment étudiées. Mais nous faisons abstraction des faits de cette nature qui pourraient se produire, pour ne nous attacher qu'à l'examen des fautes contractuelles qui peuvent donner ouverture à une action en concurrence déloyale.

SECTION I.

Cession d'un fonds de commerce.

77. Un commerçant ou un industriel qui se retire des affaires, cède ordinairement son établissement à un successeur. Il a plus d'avantages à le faire qu'à liquider sa situation purement et simplement, parcequ'il réalise ainsi une valeur qui s'anéantirait, nous voulons parler de l'achalandage et de la clientèle de la maison.

Mais lorsqu'on fait une cession d'un fonds de commerce, que faut-il entendre par fonds de commerce ? Cette expression à un sens plus ou moins compréhensif selon les cas, et non un sens fixe et invariable. Tantôt elle désigne l'achalandage, la clientèle seule, tantôt il faut entendre par là en même temps les objets accessoires qui peuvent être considérés comme des signes de ralliement de la clientèle, par exemple les marques de fabrique, le nom, l'enseigne, etc. ; d'autres fois, il faut y ajouter encore les marchandises en magasin lors de la cession, ou encore le droit au bail, ou même encore les créances. Il y a donc en général à apprécier ce que les parties ont entendu comprendre dans la vente. Mais lorsqu'on juxtapose les mots fonds de commerce à côté du mot vente, on entend en pratique la transmission à la fois des marchandises en magasin et du matériel, de l'achalandage, de la clientèle, de l'enseigne, du nom, etc. C'est ce que dit fort bien Rendu :

« Il résulte de cette incorporation du nom, de l'enseigne, de l'achalandage, etc., au fonds de commerce, que la cession du fonds, faite en termes généraux et sans restriction, emporte par elle-même transmission, au profit du cessionnaire, de tous et de chacun de ces droits particuliers. D'où il résulte que le cessionnaire d'un établissement industriel a seul, et à l'exclusion de tous autres, la faculté de prendre le nom du cédant et de se servir des marques, enseignes, étiquettes, qui appartiennent à ce dernier. » (1).

Aussi approuvons-nous la jurisprudence, lorsqu'elle décide que les accessoires d'un établissement, tels que les marques dénominations ou enseignes suivent le sort de l'établissement lui-même, sans qu'il soit besoin de s'en expliquer dans l'acte de cession, si d'ailleurs il ne résulte pas des circonstances que les parties aient

(1) Rendu, nº 518.

eu la pensée de les exclure de la cession (Trib. comm. Le Havre, 16 mars 1858, *le Droit*, 6 septembre).

78. D'après cela, il ne faut pas hésiter non plus à comprendre dans la vente d'un fonds de commerce le nom du commerçant. En général celui qui se rend acquéreur d'une maison de commerce compte sur la notoriété du nom du vendeur pour maintenir la clientèle. L'achalandage et la clientèle, comme le fait remarquer M. Pouillet, ne sont rien ou peu de chose, séparés de l'enseigne ou du nom qui les attire et les fixe (1).

La jurisprudence décide en effet que l'acquéreur d'un fonds de commerce peut conserver sur son enseigne ou sur son magasin le nom du vendeur : Rouen, 9 juillet 1829, cité par Blanc, p. 723 ; Caen, 13 décembre 1853, Sirey, 1854, 2, 398 ; Trib. civ. Seine, 25 mars 1858, *le Droit*, n° 82 ; 2 mai 1863, *Monit. Trib.*, 1864, 256 ; Paris, 26 mai 1865, Pat., 1865, 346 : Paris, 26 avril 1881, Pat., 1882, 191.

Mais l'acquéreur, s'il peut légitimement user du nom de son prédécesseur, ne peut le faire qu'à la condition de distinguer son individualité de la sienne. Il devra en conséquence faire suivre son nom d'une mention indiquant que la maison est passée en d'autres mains, qu'il n'est pas le fondateur de la maison, mais le successeur de ce fondateur. Il satisfera à cette exigence en employant les mots de *successeur de...* ou *ancienne maison de....* Ces indications sont nécessaires afin de dégager le cédant de toute responsabilité morale relativement aux malheurs qui pourraient survenir à la maison nouvelle ; il faut que le public n'ignore pas, si par exemple une faillite vient à se déclarer, que le fonds n'est plus aux mains du fondateur. Il avait même été proposé lors de la discussion de la loi de 1857 sur les marques de fabrique, d'ajouter un article ainsi conçu : « Nul ne peut faire usage d'une marque à lui cédée et comprenant le nom d'un fabricant ou d'un commerçant, s'il n'ajoute à cette marque son propre nom suivi du mot successeur. » Mais cette proposition ne fut pas adoptée (2).

La jurisprudence sur ce point veille d'une façon efficace aux intérêts des commerçants qui transmettent leurs fonds, en

(1) Pouillet, n° 248.

(2) La loi Sarde, applicable aujourd'hui à toute l'Italie, contient une disposition ainsi conçue : « L'acquéreur d'une industrie ou d'un commerce, ou l'héritier qui voudra conserver la marque employée par son auteur, devra en renouveler le dépôt et y ajouter l'indication : *Successeur* ou *héritier de...* »

exigeant toujours de la part du cessionnaire la mention de sa qualité de successeur dans des termes tels qu'aucune confusion ne soit possible (Paris, 21 mars 1857, Le Hir., 1865, 2, 155; Paris, 17 novembre 1857, Le Hir., 1865, 2, 215; Trib. comm. Seine, 1er mai 1862, Pat., 1863, 251. Trib. comm. Seine, 10 avril 1867, Teulet, 16, 360; Paris, 7 janvier 1875, Pat., 1876, 252; Trib. comm. Seine, 11 octobre 1876, Pat., 1877, 222; Trib. comm. Seine, 3 février 1877, Pat., 1877, 44).

Le cessionnaire peut-il faire usage comme signature, du nom seul de son prédécesseur? Nous ne le pensons pas, car cela nous semble de nature à induire le public en erreur; si nous exigeons que le successeur indique nettement, en toute circonstance, que l'établissement a changé de mains, à plus forte raison ne doit-on pas lui permettre de signer du nom seul de son prédécesseur; il lui est seulement permis de faire suivre ou précéder la signature de son propre nom des mots : *successeur de....* (1).

D'une façon générale, le droit pour l'acquéreur d'user du nom de son cédant, ne doit pas être pour lui un instrument de concurrence déloyale. Il ne pourrait pas, par exemple, ayant soigneusement pris le titre de successeur, profiter de la ressemblance qu'offre le nom de son prédécesseur avec celui d'un autre commerçant exerçant un commerce différent, pour cumuler ce commerce nouveau avec celui de son cédant; la cession ne s'applique en effet qu'au commerce spécial que faisait le prédécesseur (Paris, 1er juin 1859, Teulet, 8, 443; Paris, 7 janvier 1875, Pat., 1876, 252).

Bien entendu, pour que le droit de prendre et de rappeler le nom d'une maison de commerce préexistante appartienne à une autre personne que celle qui était auparavant propriétaire de cette maison, il faut qu'il y ait eu une cession. Tout autre qu'un acquéreur du fonds n'aurait pas le droit de se dire successeur; il ne suffirait pas évidemment pour prendre ce titre qu'un commerçant vienne, après la mort d'un autre, entreprendre à son tour le même commerce. Celui qui n'est pas l'acquéreur du fonds de commerce ne pourrait également prendre le titre d'*ancienne maison telle....*, s'il a simplement pris à bail les locaux occupés

(1) En Allemagne, on admet que le successeur a le droit de se servir, comme signature, uniquement du nom de son prédécesseur, sans l'adjonction d'aucune mention, à la condition bien entendu qu'il ait acquis le droit d'en faire usage.

La législation suisse admet bien la cession du nom, mais le cessionnaire ne peut pas en faire usage comme signature.

par le fondateur de l'industrie qu'il reprend (Trib. comm. Seine, 16 janvier 1834, Dall., 1834, 3, 38).

Nous venons de voir que, par l'effet de la cession d'un fonds de commerce, le nom du commerçant cédant pouvait être mis à profit par l'acquéreur, et nous avons montré comment la jurisprudence appliquait cette règle dans les rapports du vendeur et de l'acquéreur.

79. Nous allons maintenant mettre l'acquéreur en présence des héritiers du cédant, et voir quels droits il a vis-à-vis d'eux et quels sont les droits de ceux-ci vis-à-vis de lui, relativement au nom du cédant. En principe, tous ces droits sont les mêmes qu'entre l'acquéreur et le cédant lui-même.

L'acquéreur a vis-à-vis des héritiers du vendeur les mêmes droits qu'à l'égard du vendeur lui-même. Il continue à jouir du droit d'attacher à la maison le nom du cédant. Dès lors, si le fils de son prédécesseur vient à établir un commerce similaire, l'acquéreur peut l'obliger à différencier sa maison de celle de son père, notamment en ajoutant en toutes lettres et d'une façon apparente le mot *fils* à son nom, afin de prévenir toute confusion (Grenoble, 17 juin 1844, *Gaz. Trib.*, 14 octobre). A plus forte raison, l'acquéreur pourrait-il s'opposer à ce que le fils de son prédécesseur, en fondant une nouvelle maison, se présentât comme le continuateur de celle qui avait appartenu à son père (Trib. comm. Seine, 9 septembre 1868, Pat., 1868, 294).

80. Les héritiers du cédant sont donc tenus de respecter le droit qui appartient au successeur de rappeler le nom de son prédécesseur. Sont-ils obligés de respecter ce droit indéfiniment, ou bien arrive-t-il un moment où ils peuvent s'opposer à son emploi?

On ne peut pas admettre que les héritiers du cédant soient tenus indéfiniment de laisser le successeur se servir du nom de son prédécesseur. Il faut tenir compte en effet de ce fait que c'est principalement dans les premières années qui suivent la cession qu'il peut être utile pour l'acquéreur d'un fonds de maintenir le nom du cédant ; ce nom est le signe qui sert de ralliement à la clientèle, et le successeur bénéficiera de la notoriété qui s'y attache. Mais il arrivera un moment où le successeur étant lui-même connu avantageusement, le nom du prédécesseur pourra disparaître sans inconvénient pour lui. A ce moment, les tribunaux pourront mettre un terme à la jouissance du nom cédé, désormais inutile au cessionnaire, soit sur la demande des héri-

tiers du cédant, soit même sur celle du cédant. L'acquéreur et après lui le sous-acquéreur n'auront donc pas à perpétuité le droit de se servir du nom de leur vendeur.

L'action tendant à interdire l'usage de ce nom pourra être intentée à quelque époque que ce soit, et quelque prolongé qu'ait été cet usage, car le nom est inaliénable et imprescriptible (Cass., 10 mars 1864, Pat., 1864, 193).

Le droit que nous reconnaissons en principe aux héritiers cesserait de leur appartenir s'ils avaient autorisé l'usage du nom soit expressément, soit tacitement. Seulement, il ne sera pas toujours facile de reconnaître si le fait de laisser employer le nom pendant un temps plus ou moins long doit être interprété comme une autorisation ou regardé simplement comme une tolérance. Ce sera une question de fait. Si les tribunaux y voient une autorisation tacite, ils rejetteront la demande en suppression du nom (Paris, 29 décembre 1858, Le Hir., 1864, 2, 572). S'ils n'y voient au contraire qu'une simple tolérance, ils interdiront l'usage du nom patronymique qui avait été compris dans la cession (Paris, 29 juillet 1879, Pat., 1880, 104). Dans la dernière espèce, les héritiers d'un chef d'orchestre nommé Valentino, après avoir laissé pendant longtemps désigner une salle de bal sous le nom de salle Valentino, s'étaient opposés à l'emploi de ce nom comme étant de nature à nuire à leur situation sociale.

81. Nous avons supposé jusqu'ici que le fonds qui a été vendu appartenait à un commerçant unique. Supposons maintenant que le fonds appartienne à plusieurs personnes unies par un contrat de société. Le nom sous lequel le commerce est fait dans ce cas s'appelle la *raison sociale*. La raison sociale comprend les noms d'un ou de plusieurs des associés et ne peut en comprendre d'autres. Ce nom appartient en propre à la société tant qu'elle existe, mais qu'arrive-t-il quand elle vient à se liquider ?

La liquidation étant terminée, comme la société n'a plus d'existence, la raison sociale disparaît avec elle. Chacun des associés ne peut de son côté s'en emparer pour la donner comme nom à l'établissement qu'il va fonder. Parmi les associés, il n'en est aucun qui puisse, à proprement parler, être considéré comme le continuateur de la société.

Nous avons supposé jusqu'ici une liquidation pure et simple de la société, sans transmission de l'établissement industriel ; si nous supposons maintenant que le fonds social soit vendu, l'acquéreur

a, à notre avis, les mêmes droits que lorsqu'il s'agit du nom d'un commerçant unique. Nous ne voyons pas la raison de décider autrement dans le second cas que dans le premier. La question est cependant controversée.

« Que devient la raison sociale, dit M. Pouillet, après que la liquidation terminée, la société n'a plus aucune existence ni aucune raison d'exister ? Il va de soi que la raison sociale disparaît avec elle. Il ne reste plus que le droit, pour le continuateur, pour le successeur de l'être social s'il y en a un, de prendre ce titre et de rappeler son origine » (1).

Il a été jugé dans ce sens que l'acquéreur d'un établissement, vendu après la dissolution d'une société, a le droit de se servir du nom de l'ancienne société, en indiquant qu'il en est le successeur, et l'un des anciens associés ne peut s'en plaindre alors même que son propre nom figurerait dans l'ancienne raison sociale (Paris, 28 juin 1856, Pat., 1856, 252). De même, l'acquéreur d'un fonds de commerce a le droit de continuer à se servir de la raison sociale sous laquelle ce fonds est connu et de se dire *seul successeur ;* en conséquence, l'ancien associé dont le nom figurait dans la raison sociale ne peut, s'il s'est réservé de se rétablir, et s'il se rétablit en effet, user de son propre nom de façon à établir une confusion avec l'ancienne maison ; il convient dans ce cas de lui imposer l'obligation de faire précéder son nom de ses prénoms en caractères de même dimension et d'ajouter la date de la fondation de la nouvelle maison (Trib. comm. Seine, 2 septembre 1868, Teulet 17, 28).

Le successeur de la société commerciale ne pourrait pas non plus prendre, pour raison sociale d'une société nouvelle, le nom d'un individu qui n'en fait pas partie mais qui faisait partie de l'ancienne raison sociale. Ce serait contraire à la règle que la raison sociale ne peut et ne doit comprendre que des noms d'associés.

Ainsi il a été jugé que le nom d'un individu employé comme raison sociale d'une maison de commerce, ne peut, après la mort de cet individu, par conséquent après la dissolution de la société à laquelle il donnait son nom, être pris pour raison sociale par les personnes qui succèdent à l'établissement : spécialement, le nom du mari, employé comme raison sociale d'une société qu'il avait formée avec sa femme, ne peut, après la mort

(1) Pouillet, *loc. cit.* n° 560, p. 547.

du mari et le convol de la femme, être pris par les nouveaux époux pour raison sociale de la société nouvelle formée entre eux pour la continuation du même commerce (Cass., 28 mars 1838, Sir., 1838, 1, 304).

Dans le cas où une société apporte une modification à sa raison sociale, nécessitée par la retraite ou la mort d'un associé dont le nom y figurait, la nouvelle société est en droit d'annoncer que, malgré le changement de la raison sociale, elle n'est que la continuation de la précédente société et qu'aucun changement n'est apporté dans son fonctionnement (Paris, 21 décembre 1859, Pat., 1873, 251).

L'associé dont le nom a figuré dans l'ancienne raison sociale conserve bien le droit, à moins de stipulation contraire, de former une société nouvelle et d'apporter son nom pour la constitution de la nouvelle raison sociale, mais il ne doit pas en faire un moyen de concurrence déloyale contre l'ancienne maison (Paris, 5 juin 1867, Pat., 1867, 301).

82. Si la raison sociale périt avec la société, il n'en est pas de même de la *raison commerciale* La raison commerciale, on le sait, c'est la dénomination sous laquelle un établissement commercial est connu. Tandis que la raison sociale comprend les noms des associés, la raison commerciale est une dénomination tirée de la nature du commerce ou souvent une dénomination de fantaisie, une sorte d'enseigne, qui fait partie de l'actif social et se transmet sans aucun doute au successeur. Par conséquent, à la dissolution de la société, il y a lieu de procéder à la licitation, non seulement du matériel industriel, mais encore des nom et titre de l'établissement (Rouen, 15 mars 1827, Dall., V° *Nom*, n° 90).

83. Nous avons à parler, au sujet des cessions de fonds de commerce, de l'une des questions les plus importantes qu'elles soulèvent, celle de savoir si elles emportent avec elles, dans une mesure plus ou moins large, l'interdiction pour le vendeur de s'établir de nouveau et de faire ainsi concurrence à son acheteur.

Tout d'abord est-il possible d admettre la validité d'une convention qui tendrait à obliger un individu à l'égard d'un autre à ne jamais lui faire concurrence, par exemple à ne pas s'établir dans telle localité indiquée ou à ne pas entreprendre tel commerce déterminé ? Une telle convention nous apparaît dès l'abord comme contraire au principe de la liberté du travail qui

nous régit aujourd'hui, et qui a fait place aux entraves mises à l'activité humaine par le système ancien des jurandes et maîtrises. Elle est aussi contraire à l'art. 1780 du Code civil ainsi conçu : « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. » En interdisant tout engagement de travail perpétuel et absolu, cet article implique, par une conséquence nécessaire du même principe, qu'on ne peut s'obliger à ne faire, en aucun temps ni en aucun lieu, un emploi déterminé de ses services et de son travail, autrement que pour tel patron ou pour tel établissement.

Le principe est donc qu'on ne peut aliéner d'une façon complète sa liberté. Mais interdire absolument d'apporter par la convention des restrictions à cette liberté serait aller trop loin. Les commerçants pourront, d'une façon très licite, s'interdire de se livrer, dans un certain rayon, à une industrie déterminée, à la condition que leur liberté ne se trouve pas enchaînée à tel point qu'ils soient dans l'impossibilité d'exercer aucun commerce. Des conventions de cette nature peuvent présenter une utilité considérable pour celui qui les stipule. S'il est vrai que la concurrence ait les conséquences les plus salutaires au point de vue économique, elle peut avoir, au point de vue de l'intérêt privé d'un commerçant, des effets désastreux. Tout en sauvegardant l'intérêt général, il est donc juste de permettre à un commerçant de se prémunir, par des conventions librement consenties, contre les effets d'une concurrence qui pourrait être ruineuse pour lui. Ce sera aux tribunaux à décider, d'après les circonstances si l'interdiction doit être ou non jugée illicite.

Les tribunaux ont déclaré nulle, comme contraire à l'ordre public et à la loi, la convention par laquelle le contremaître d'une fabrique s'engage, au cas où il la quitterait, à ne jamais, en quelque temps que ce soit et sous aucun prétexte, servir ou s'associer directement ou indirectement dans une fabrique du même genre (Metz, 22 juillet 1856, Pat., 1858, 232). Des associés ne peuvent pas non plus s'engager à ne point exploiter, au sortir de la société et pour le temps qu'elle durera, une industrie similaire en quelque lieu que ce soit (Paris, 24 août 1859, Pat., 1859, 357). D'une façon générale, on ne peut stipuler aucune clause qui soit l'équivalent d'une prohibition absolue et perpétuelle de s'établir (1).

(1) Dans ce sens : Cass., 11 mai 1858, Pat., 1858, 232 ; Lyon, 19 décembre 1867, Pat., 1868, 338, Cass., 25 mai 1869, Pat., 1872, 133 ; Paris, 14 mai 1861, Pat., 1861, 246 ; Paris, 6 août 1881 et Rej., 2 mai 1882, Pat., 1882, 322 ; Paris, 21 décembre 1886, *Gaz. Trib.*, 22 janvier 1887.

Au contraire, les tribunaux ont avec raison tenu pour valable toute interdiction de s'établir lorsqu'elle est limitée à un certain commerce, à un certain temps et à un certain lieu (Douai, 31 août 1864, Pat., 1865, 282 ; Cass., 24 janvier 1866, Pat., 1866, 206 ; Dijon, 28 novembre 1866, Pat., 1868, 341 ; Grenoble, 23 décembre 1867, Pat., 1868, 340 ; Rej., 3 mars 1868, Pat., 1868, 139 ; Paris, 12 novembre 1873, *Gaz. Trib.*, 27 février 1874 ; Paris, 11 février 1887 ; *Droit indust.*, 1887, 110).

On a aussi considéré comme licite la clause en vertu de laquelle cette obligation de ne pas s'établir serait garantie par une clause pénale évaluée d'avance pour le cas d'infraction (Trib. comm. Seine, 10 septembre 1857, Pat. 1858, 189).

La convention par laquelle un employé s'engage, sous la sanction d'une clause pénale, à ne pas quitter son patron pour entrer dans une autre maison exerçant la même industrie, est valable ; ce n'est pas là une atteinte à la liberté du travail, mais une interdiction pouvant cesser à toute époque moyennant la somme fixée d'avance à forfait (Trib. com. Seine, 17 janvier 1888, *La Loi*, 2 février).

§ 1. Appliquons ces notions au cas de vente d'un fonds dans les rapports du vendeur avec l'acquéreur. Si cet engagement de ne pas s'établir n'a rien d'illicite, lorsqu'il est restreint dans son étendue et sa portée, il est clair que l'acquéreur pourra valablement stipuler de son vendeur l'obligation de ne pas se rétablir dans la même industrie, en la limitant sous certaines conditions de temps et de lieu. Mais s'il n'y a pas de stipulation formelle, l'interdiction de s'établir résulte-t-elle du seul fait de la vente ?

La réponse ne paraît pas douteuse dans le sens de l'affirmative, et la jurisprudence l'admet généralement. Il doit en être ainsi, car la vente d'un fonds de commerce comprend la clientèle et l'achalandage et l'on ne comprendrait pas que l'acquéreur consentît à courir le risque d'avoir à supporter la concurrence la plus redoutable de toutes, celle que pourrait lui faire son vendeur lui-même. Or, en vertu de l'article 1625 du Code civil, le vendeur doit garantir à l'acheteur la possession paisible de la chose vendue. Il ne remplirait certainement pas cette obligation s'il venait monter un nouveau fonds de commerce à côté ou à proximité de celui qu'il a vendu, ce qui ne manquerait pas de détourner un plus ou moins grand nombre de clients des magasins de son successeur. L'interdiction de se rétablir est donc attachée à la vente d'un

fonds de commerce, comme conséquence de l'obligation de garantie dont est tenu le vendeur. En rétablissant son commerce, le vendeur fait un acte de concurrence déloyale, et l'action est basée sur un manquement au contrat, sur ce qu'il a fait quelque chose de contraire à l'obligation de garantie dont il était tenu.

Donc, même en l'absence de toute clause relative à l'interdiction de s'établir, les tribunaux pourraient reconnaître le vendeur coupable de concurrence déloyale, si, en fondant une nouvelle maison de commerce, il manquait par là d'assurer à l'acquéreur tous les avantages sur lesquels celui-ci a dû légitimement compter, c'est-à-dire la transmission complète de la clientèle. Seulement la condamnation du vendeur sera subordonnée à la preuve d'un dommage éprouvé par l'acquéreur, l'étendue de cette obligation de ne pas faire, mise à la charge du vendeur, ne se trouvant pas déterminée, il en résulte la nécessité d'une appréciation de la part des tribunaux, qui laisse très incertaine la sécurité de l'acheteur.

85. Pour ce motif, il est plus prudent de la part de l'acheteur du fonds de commerce d'exiger l'insertion dans l'acte d'une clause visant le rétablissement du vendeur. Les parties évitent ainsi les embarras et les frais d'un procès et n'ont plus à craindre l'arbitraire du juge. Mais pour écarter toute difficulté, les parties doivent user de termes extrêmement précis. Si l'on dit purement et simplement, comme on le fait si souvent, qu'il est interdit au vendeur de se rétablir, cette formule qui semble tout dire est insuffisante, parce qu'elle ne fait que rappeler l'obligation de garantie qui résulte du contrat lui-même ; elle n'a guère plus de valeur que celle qui déclarerait dans une vente ordinaire que le vendeur est tenu de la garantie, et laisse par suite subsister le caractère vague et illimité de l'interdiction. Pour bien faire, il faut que les parties précisent d'une façon formelle trois points : le genre de commerce ou d'industrie auquel le vendeur ne peut pas se livrer, le périmètre dans lequel l'interdiction existera et le temps pendant lequel elle durera.

Tous ces points sont fort bien mis en lumière par MM. Lyon-Caen et Renault dans les lignes suivantes :

« Les ventes de fonds de commerce sont soumises aux règles générales de la vente. Aussi engendrent-elles l'obligation de garantie pour évictions à la charge du vendeur. C'est par application de cette idée que souvent des vendeurs de fonds de commerce

ont été condamnés envers leurs acheteurs à des dommages-intérêts pour avoir, après la vente, continué à exercer un commerce semblable d'une façon dommageable pour ceux-ci, encore que la vente ne contînt aucune clause d'interdiction Il est néanmoins prudent aux parties, pour éviter les difficultés, d'insérer dans la vente une clause d'interdiction et de bien déterminer à quels lieux et à quel temps elle s'applique. Car, en l'absence de toute clause, il n'y a à tenir compte du fait du nouvel établissement du vendeur qu'autant qu'il a été dommageable pour l'acheteur du fonds de commerce. Les tribunaux ont donc à examiner si le vendeur s'est établi de nouveau dans un lieu assez proche du fonds vendu et dans un temps assez voisin de la vente pour causer un préjudice à l'acheteur. Il y a là des questions d'appréciation assez délicates qui peuvent être la source de nombreux procès » (1).

86. La jurisprudence, d'accord avec les principes ci-dessus, a maintes fois décidé que la vente d'un fonds de commerce emportait, même en l'absence d'une stipulation formelle, défense pour le vendeur de se rétablir, s'il appert que l'intention des parties était de comprendre dans la vente la clientèle et l'achalandage (Grenoble, 10 mars 1836, Sir. 1838, 2, 35 ; Paris, 17 février 1856, Teulet, 5, 246 ; Agen, 20 juin 1860, Teulet, 10, 181 ; Lyon, 18 décembre 1867, Le Hir, 1869, 2, 215 ; Aix, 16 juillet 1878, Pat., 179, 95).

87. Seulement, cette exception au principe de la liberté de l'industrie doit être plutôt restreinte qu'étendue ; lorsqu'il n'y a eu à cet égard aucune convention, les tribunaux auront à apprécier s'il y a ou non concurrence déloyale. En conséquence, il faut que le vendeur se rétablisse dans un genre de commerce ou d'industrie similaire et à une distance suffisamment rapprochée de l'acheteur pour qu'il puisse lui faire concurrence. Lorsqu'une clause spéciale a visé l'interdiction de se rétablir, elle doit être aussi interprétée de la même manière, et ces deux conditions de similitude de commerce et de proximité d'établissement sont également nécessaires pour que le fait de se rétablir soit considéré comme une concurrence déloyale.

Il faut en premier lieu que le vendeur du fonds rétablisse un commerce identique à celui qu'il a cédé et non un commerce quelconque (Paris, 8 janvier 1863, Pat., 1863, 222).

(1) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 686, p. 369.

Conformément à la même idée, il a été jugé que celui qui cède une fabrique de gants fait un acte de concurrence déloyale, s'il entre ensuite dans une maison de parfumerie pour surveiller et diriger la partie relative à la vente des gants (Paris, 15 mars 1875, Pat., 1876, 249).

On a admis qu'il y avait aussi concurrence déloyale de la part de l'industriel qui, ayant vendu un fonds comprenant la fabrication d'eaux gazeuses et de sirops, reprend un commerce de sirops, alors même que l'acte de vente ne porterait d'interdiction expresse que pour le commerce des eaux gazeuses, si d'ailleurs il résulte des termes de l'acte que les deux commerces n'en font en réalité qu'un (Rouen, 17 janvier 1878, Pat., 1886, 14).

Il importe peu d'ailleurs que le vendeur, en se rétablissant, ouvre un magasin ou travaille en chambre (Lyon, 25 août 1882, Pat., 1886, 186).

Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait concurrence déloyale, que le vendeur du fonds se rétablisse dans le voisinage de son acquéreur (Lyon, 28 août 1843, Sir., 1843, 2, 54); Paris, 14 avril 1862, Teulet, 11, 302; Paris, 9 octobre 1862, Pat., 1862, 413; Grenoble, 3 décembre 1864, Le Hir, 1865, 2, 330).

Une difficulté peut se présenter lorsque le vendeur a stipulé qu'il aurait le droit de se rétablir, pourvu que ce ne soit pas dans un rayon déterminé. Comment doit on calculer la distance qui doit être observée entre les deux établissements? Doit-on se baser sur la distance en ligne droite, à vol d'oiseau, ou doit on tenir compte dans ce calcul de la longueur des sinuosités et détours que la disposition des rues oblige à suivre pour se rendre d'une maison à l'autre? La jurisprudence est variable.

D'après un système, on doit prendre pour centre le lieu de l'établissement cédé et décrire autour un cercle idéal avec le rayon stipulé (Paris 20 avril 1880, Pat., 1881, 123). M. Pouillet se range à cette opinion en disant que, quand on parle d'un rayon déterminé, il est bien difficile d'entendre autre chose qu'un ligne droite (1).

Dans un autre système, on a égard seulement à la distance que le public est obligé de parcourir pour aller d'un établissement à l'autre (Paris, 20 décembre 1862, Pat., 1863, 45; Trib. comm. Seine, 21 octobre 1865, Pat., 1866, 398).

(1) Pouillet, nº 589.

88 Soit qu'il y ait eu une clause formelle, soit qu'il n'y en ait pas eu, le vendeur ne peut pas se rétablir dans le même commerce de façon à préjudicier à l'acheteur du fonds. Il ne peut pas le faire directement, avons-nous vu ; il ne le peut pas non plus indirectement, c'est-à-dire par des moyens détournés et déguisés.

Ainsi, le vendeur ne peut pas établir une maison dans le périmètre déterminé sous le couvert d'un prête-nom (Paris, 21 février 1861, Teulet, 10, 323). Il ne peut pas s'immiscer dans un commerce de même nature tenu par un autre, fût-ce même son fils, car l'intérêt qu'il peut prendre à la prospérité de ses enfants ne peut justifier son infraction (Grenoble, 17 juin 1844, *Gaz. Trib.*, 14 octobre). Il est interdit au vendeur de s'intéresser à un établissement concurrent (Bordeaux, 17 mai 1870, Pat., 1870, 358 ; Lyon, 30 avril 1874, Pat., 1874, 376), de lui fournir un cautionnement (Paris, 29 juin 1868, Teulet, 18, 186). Il lui est interdit aussi de venir faire des ventes et autres actes de commerce dans l'arrondissement où il ne devait pas s'établir ; il y a concurrence illicite bien qu'il n'y ait pas fondé d'établissement fixe (Paris, 27 février 1873, Pat., 1874, 375).

89. Le vendeur d'un fonds de commerce qui a pris l'engagement de ne pas se rétablir ne peut pas non plus contrevenir à son obligation, en invoquant comme motif que l'acquéreur n'a pas payé son prix (Trib. comm. Seine, 30 septembre 1886, *la Loi*, 10 octobre).

90 D'ailleurs, toute manœuvre déloyale sera envisagée comme un manquement à l'obligation de ne pas s'établir, alors même qu'en apparence le vendeur semblerait s'y être conformé. Il en est ainsi si le vendeur, quoique établi suffisamment loin de l'acheteur ou en dehors du périmètre interdit, cherche à détourner la clientèle de son successeur (Paris, 31 mai 1862, Le Hir., 1864, 2, 153 ; Trib. comm. Marseille, 16 janvier 1863, *Jurisp. comm. Marseille*, 1863, 30). Ce détournement se produit souvent par l'envoi de circulaires dans le périmètre interdit (Trib. comm. Seine, 7 juin 1853, Teulet, 2, 285). On peut citer encore comme procédé déloyal celui qui consiste à se procurer les lettres adressées à l'acheteur du fonds et à répondre aux propositions d'affaires faites à celui-ci (Trib. comm. Seine, 13 janvier 1887, *le Droit*, 6 février). Dans tous ces cas, il y a concurrence déloyale réalisée souvent par le moyen d'une confusion que l'on cherche à établir.

91. Mais que faudrait-il penser d'une clause qui réserverait au vendeur du fonds le droit de se rétablir à côté de l'acheteur? Il semble qu'on devrait la déclarer nulle, en présence de la disposition de l'article 1628 : « Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle. » Cependant, comme on doit interpréter les conventions plutôt dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet que dans celui avec lequel elles n'en pourraient produire aucun (art. 1157), on pourra très bien donner un sens à cette clause, dire par exemple que la vente du fonds de commerce ne portait pas sur la clientèle entière, ou bien qu'elle ne comprenait que les marchandises en magasin. Les juges apprécieront d'après les circonstances ; mais, dans tous les cas, il ne faudra pas que le vendeur, en se rétablissant, fasse un acte de concurrence déloyale, car il en serait responsable, malgré la réserve qu'il a faite.

92. L'obligation de ne pas se rétablir, faisant ou non l'objet d'une clause spéciale, ne concerne que le vendeur ; elle ne pèse évidemment pas sur ses enfants ni sur ses héritiers présomptifs, car, d'après l'article 1165, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Si donc le fils a établi, du vivant de son père, un commerce similaire dans le voisinage de celui de l'acheteur, celui-ci n'a pas le droit de se plaindre, à moins que l'établissement du fils ne soit une manœuvre déloyale, concertée d'avance entre le père et le fils pour nuire à l'acquéreur et que le père ne se soit immiscé, ainsi que nous en avons déjà donné un exemple, dans le commerce du fils.

Après la mort du vendeur, ses héritiers sont-ils frappés de la même interdiction? Ont-ils le droit de créer un établissement semblable à celui que leur auteur a vendu? Peut-être pourrait-on résoudre la question en faisant une distinction. Si les héritiers ont accepté la succession de leur auteur purement et simplement, ils seraient tenus de respecter l'engagement tacite ou formel de ne pas se rétablir, puisqu'ils sont tenus de toutes les charges de la succession (1). S'ils ont répudié la succession, ils pour-

(1) D'après l'article 1122 du Code civil : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention. »

raient valablement devenir les concurrents du cessionnaire du fonds, puisqu'ils sont déchargés de toutes les obligations de leur auteur. Mais la jurisprudence ne paraît pas avoir sur ce point une doctrine bien arrêtée ; elle juge en fait.

93. Du côté de l'acheteur, il faut voir à qui profite l'engagement pris par le vendeur. Il profite non seulement à l'acheteur, mais encore à ses successeurs. Si l'acheteur aliène le fonds, le sous-acquéreur bénéficiera de l'interdiction imposée au premier vendeur ; la raison en est que l'acheteur primitif, en revendant le fonds, est réputé avoir transmis l'action qu'il avait, en même temps que le fonds (Paris, 24 juin 1857, Teulet, 6, 184 ; Trib. comm. Seine, 9 mai 1860, Pat., 60, 228).

94. Telles sont les règles qu'il faut observer dans la vente volontaire d'un fonds de commerce ; s'appliquent-elles également au cas de vente judiciaire ? Non, en principe. Si, au cas de vente volontaire d'un fonds, et même en dehors d'une stipulation formelle, il peut y avoir interdiction pour le vendeur de se rétablir, c'est que telle peut être présumée la volonté commune des contractants. En vendant son fonds, le commerçant a manifesté par là sa volonté de cesser son commerce ; le rétablir dans des conditions qui peuvent nuire à son acquéreur, c'est faire acte de concurrence déloyale et par conséquent manquer à l'obligation de garantie qui est inhérente à la vente. Mais au cas de vente judiciaire, il en est tout autrement. M. Pouillet en fait très bien toucher les motifs :

« Celui, dit-il, à l'encontre duquel la vente a lieu ne saurait faire acte de volonté ; il subit une dure nécessité à laquelle il ne peut se soustraire, et nous ne comprendrions pas qu'il vît sa liberté d'action paralysée, les moyens de refaire sa fortune, ou seulement de gagner sa vie et celle de sa famille totalement anéantis, et cela non seulement sans son aveu, mais même malgré ses protestations et ses efforts. Qu'un homme puisse volontairement restreindre sa liberté et circonscrire le cercle de son activité, cela se conçoit, il est maître de ses actions et juge de ses intérêts ; mais comment admettre que la rigueur du sort, le seul effet des circonstances, puissent lui imposer d'aussi lourdes obligations » (1) ?

D'après ces considérations, il faut dire que le commerçant dont le fonds a été vendu aux enchères après faillite pourra se réta-

(1) Pouillet, n° 601.

blir dans le même commerce. Mais bien évidemment, il ne pourrait puiser dans ce droit un moyen de concurrence déloyale. Il ne devra pas se rétablir tout à côté de l'acquéreur ni prendre une enseigne semblable à la sienne ; il devra au contraire distinguer soigneusement sa nouvelle personnalité commerciale de celle de l'acquéreur.

Aussi a-t-il été jugé qu'en cas de vente d'un fonds de commerce après faillite, le failli pourrait reprendre un autre fonds de même nature, pourvu que le nouveau fonds ne soit pas trop à proximité de l'ancien ; mais d'autre part que les créanciers, dont le syndic est le représentant légal, doivent être considérés comme vendeurs du fonds, et par conséquent qu'il ne peut être permis à l'un d'eux, sans manquer au contrat qui les oblige indivisément, d'établir un fonds rival à proximité du fonds vendu et dans des conditions qui seraient de nature à détourner une partie de la clientèle (Amiens, 30 avril 1875, Pat., 1876, 355).

Bien entendu, la prohibition de s'établir reprend toute sa force lorsque la vente, bien que faite dans la forme judiciaire, n'est pas une vente forcée, par exemple lorsqu'il s'agit d'une licitation volontaire à la suite d'un partage.

95. Nous avons enfin à examiner si les règles ci-dessus s'appliqueraient également à l'associé qui cesse de faire partie d'une société, soit dans ses rapports avec l'acquéreur si, la société étant dissoute, le fonds est vendu, soit dans ses rapports avec ses anciens associés si l'associé s'est simplement retiré de la société. Dans ce dernier cas, il peut être considéré comme un vendeur ; en se retirant, il a pour ainsi dire vendu sa part à ses associés.

La jurisprudence n'est pas toujours aussi absolue. Des arrêts ou jugements décident qu'en l'absence d'une clause formelle, l'interdiction est de droit et résulte du seul fait de la vente. Ainsi, il a été jugé que l'associé qui reçoit, outre le montant intégral de son apport, une certaine somme comme prix de sa retraite, et qui vend, en échange, avec toutes les charges qui peuvent y être attachées, sa part dans les droits sociaux, fait une véritable cession qui l'assimile au vendeur d'un fonds de commerce et lui impose l'obligation de ne pas se rétablir (Bordeaux, 13 juillet 1859, Teulet, 9, 203) (1).

D'autre part, d'autres décisions permettent à l'associé de se

(1) Dans le même sens : Trib. comm. Seine, 28 février 1856, *Gaz. Trib.* 19 août ; Paris, 17 mai 1859, Pat., 1859, 188.

rétablir, à la condition d'éviter tout ce qui pourrait être considéré comme une manœuvre déloyale et qui entraînerait une confusion préjudiciable à l'acquéreur Les tribunaux notamment apprécient si l'associé s'est rétabli dans un rayon trop rapproché (Paris, 11 juillet 1853, Le Hir., 1862, 2, 449 ou s'il a fait quelque acte de nature à attirer la clientèle du premier établissement (Paris, 30 juin 1854, et Rej , 5 février 1855, Le Hir., 1855, 2, 88 et 1856, 2, 126 ; Cass., 2 mai 1860 et Orléans, 11 août 1860, Le Hir., 1861, 2, 181).

SECTION II.

Location d'un fonds de commerce.

96. Le contrat de louage de chose engendre une obligation de garantie analogue à celle qui résulte de la vente. C'est un contrat à titre onéreux. D'où la location d'un fonds de commerce entraîne, pendant la durée du bail, les mêmes effets que la vente et crée pour le bailleur les mêmes obligations. Il ne peut se livrer à un commerce identique ou similaire, ni s'intéresser à un établissement semblable à celui qu'il a loué. Il a été jugé que celui qui donne à loyer un établissement commercial avec l'achalandage y attaché, s'interdit par cela même le droit de créer dans le voisinage un établissement rival Montpellier, 26 juillet 1844, Pat., 1845, 1, 74). Nous n'insisterons pas davantage, les principes étant les mêmes que pour la vente.

97. On pourrait, semble-t-il, rapprocher de la garantie due à l'occasion de la location d'un fonds de commerce celle due à l'occasion de la location d'un immeuble. Un propriétaire loue une partie d'un immeuble à un individu exerçant un certain commerce ; plus tard, il loue un magasin situé dans le même immeuble à une autre personne exerçant le même commerce Le premier locataire éprouve un préjudice évident à voir un concurrent s'établir près de lui ; ne peut-il pas, à raison de ce fait, recourir contre le propriétaire ? La question est vivement controversée, mais elle ne rentre pas dans le cadre de cette étude ; car, elle s'agite entre un commerçant et un non-commerçant, donc entre personnes qui ne sont pas des concurrents. Il ne s'agit donc as

d'une question de concurrence déloyale. Même si l'on interprétait l'article 1743 du Code civil en ce sens que le droit du preneur serait un droit réel, l'action qu'il pourrait avoir directement, grâce à cette doctrine, contre son colocataire, ne serait pas une action en concurrence déloyale, action personnelle, mais une action réelle tendant à obtenir l'expulsion du locataire, action qui ne serait pas subordonnée à la preuve d'une manœuvre frauduleuse de la part de celui-ci.

On pourrait retrouver seulement l'action en concurrence déloyale dans le cas où ce serait le propriétaire qui se mettrait à exercer lui-même le même commerce ou un commerce similaire dans le même immeuble, parce qu'alors il y aurait concurrence entre deux commerçants. Mais il faudrait que cette concurrence fût marquée de faits déloyaux, sinon l'action ne serait pas plus une action en concurrence déloyale que celle dirigée contre ce propriétaire pour avoir loué à un autre commerçant, parce qu'alors il serait actionné non en tant que commerçant, mais en tant que propriétaire.

CHAPITRE V.

Exercice de l'action en concurrence déloyale.

98. Nous connaissons les cas où il y a concurrence déloyale ; il nous faut étudier maintenant dans quelles conditions s'exerce l'action en concurrence déloyale, c'est-à-dire devant quels tribunaux l'action est intentée, quelle est la procédure à suivre, et quelles mesures les tribunaux pourront prendre.

SECTION I.

Compétence.

99. La jurisprudence et les auteurs décident d'une façon presque unanime que les actions en concurrence déloyale sont de la compétence des tribunaux de commerce si le débat s'agite entre deux commerçants : Paris, 24 janvier 1866, *J. Trib. comm.*, t. XV, 507 ; Paris, 9 juillet 1867, Pat., 1867, 271 ; Douai, 11 juin 1868, Dall., 1869, 2, 18 ; Cass., 3 janvier 1872, Pat., 1872, 259 ; Trib. comm. Seine, 15 février 1872, Pat , 1873, 387.

Cette opinion s'appuie sur l'article 631 du Code de commerce : « Les tribunaux de commerce connaîtront : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ; 2° des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce ; 3° de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. »

Nous ne pouvons mieux faire que de reproduire les considérants de l'arrêt de la cour de Paris du 9 juillet 1867 rapporté ci-dessus ; on y verra très bien formulée et justifiée la doctrine qui fonde la compétence des tribunaux de commerce sur l'article 631 du Code de commerce :

« Considérant que l'article 631 du Code de commerce, en déférant à la juridiction consulaire toute contestation relative aux

engagements entre négociants, marchands et banquiers, ne distingue pas de l'obligation conventionnelle celle qui se forme sans convention ; qu'il les comprend donc toutes les deux également dans la généralité de sa disposition ; qu'il ne suffit pas, sans doute, dans les contestations qui s'élèvent entre négociants, marchands et banquiers, de la seule qualité de commerçants dont sont revêtues les parties, pour fonder la compétence des tribunaux de commerce, puisque les commerçants sont régis par le droit commun pour les actes purement civils ; qu'il faut encore que l'obligation ait ou soit présumée avoir un caractère commercial ; mais qu'elle prend nécessairement ce caractère soit qu'elle naisse d'un contrat, d'un quasi contrat ou d'un quasi-délit, lorsqu'elle se rattache directement à l'exercice du négoce ou de l'industrie ; qu'il suit de là que tous les engagements auxquels donnent naissance les actes de concurrence déloyale sont de la compétence du tribunal de commerce, quelle que soit la forme sous laquelle ils se produisent. »

Dans le même sens, M. Mayer ajoute une observation très juste :

« La loi, dit-il, n'eût-elle parlé que des engagements, serait applicable à ceux qui se forment sans contrat et naissent d'un fait de commerce (art 1370, C. civ.). Parlant en outre des transactions des négociants, elle statue non pas seulement sur les contrats commerciaux, sur les actes *de* commerce, mais sur tous les actes *du* commerce. Ce qu'elle a voulu, et raisonnablement, c'est que les juges consulaires fussent saisis de toutes contestations entre négociants, relatives à leur commerce. » (1)

M. Pataille est très précis sur ce point :

« L'action en dommages-intérêts, dit-il, introduite par un commerçant contre un autre commerçant, est commerciale, alors même qu'elle est basée sur un quasi-délit, toutes les fois que le fait qualifié de dommageable s'est produit à l'occasion de l'exercice du commerce des parties, et spécialement, lorsqu'il s'agit d'un fait de concurrence déloyale, tel que l'usurpation d'un nom, d'une enseigne ou d'une désignation de produits » (2).

MM. Lyon-Caen et Renault professent la même doctrine : « A côté des contrats commerciaux, n'y a-t-il pas des quasi-contrats, des délits et des quasi délits commerciaux ? nous le croyons : les

(1) Mayer, n° 38.

(2) En ce sens : Paris, 28 avril 1855, Pat., 1866, 193 ; Trib. comm. Nantes, 6 mars 1880, Pat., 1883, 133.

expressions de l'article 632 : *Toutes obligations entre négociants*, sont assez larges pour comprendre les engagements mêmes non contractuels pourvu qu'ils se rattachent au commerce. » (1)

« D'après les principes généraux posés à propos de la *théorie de l'accessoire*, disent ces savants auteurs, l'action en dommages-intérêts exercée contre des commerçants à raison d'un fait de concurrence déloyale est de la compétence du tribunal de commerce. » (2).

Bien qu'admise généralement, la compétence des tribunaux de commerce sur l'action en concurrence déloyale a pourtant trouvé des adversaires. Ainsi, M. Blanc pense que les actions fondées sur une usurpation d'enseigne ou sur une concurrence déloyale sont de la compétence des tribunaux civils. D'après lui, les principes généraux ainsi que l'article 632 du Code de commerce, dont l'énumération, certainement limitative, ne comprend pas la concurrence déloyale, conduisent à cette solution (3). Quelques décisions de jurisprudence sont aussi en ce sens : Paris, 10 février 1845, J. Pal., 1845, 1, 575 ; Seine, 13 février 1866, *J Trib. comm.*, t. V, 230. Nous rejetons entièrement cette théorie.

Nous admettrons, avec la jurisprudence, que c'est au tribunal de commerce qu'il appartient de statuer sur une action tendant à défendre à une personne de prendre tel nom patronymique, lorsque l'intérêt principal du litige est commercial (Colmar, 1er mai 1867, Dall., 1867, 2, 169). De même que c'est le tribunal de commerce, et non le juge de paix, qui connaîtra d'une demande en dommages-intérêts formée pour réparation du préjudice causé par une diffamation verbale, lorsque cette diffamation a été, de la part d'un commerçant, le moyen de faire une concurrence déloyale à un autre commerçant. (Paris, 9 juillet 1867, Pat., 1867, 271).

C'est au contraire le tribunal civil qui est compétent, lors-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 125, p. 67.

Il faut toutefois éviter toute exagération et ne pas attribuer indistinctement le caractère commercial à toutes les obligations d'un commerçant : « Il ne suffit pas qu'il y ait engagement de la part d'un négociant envers un autre négociant, il faut encore que cet engagement puise sa source dans leurs rapports commerciaux, que la convention ou le fait générateur de l'engagement né hors de toute convention, résulte des relations que leur commerce respectif a établies entre eux. »

(2) *Ibid.*, II, n° 3343, p. 1038.

(3) Blanc, p. 743.

que l'action est dirigée tout à la fois contre un commerçant et un non-commerçant (Douai, 11 juin 1868, Pat., 1870, 63).

Nous admettons aussi la compétence des tribunaux de commerce en ce qui touche les difficultés relatives soit à la propriété, soit à l'usurpation des enseignes. On a pourtant soutenu le contraire. M. Blanc notamment et M. Pouillet, dont la doctrine est d'ordinaire si sûre, défendent le système de la compétence civile (1). Les raisons qui doivent faire écarter cette opinion sont très bien formulées par MM. Goujet et Merger ; nous les reproduisons :

« L'enseigne est pour le commerçant l'emblème et l'indice de son négoce. C'est par cet emblème qu'il annonce et cherche à étendre ses opérations ; c'est, en quelque sorte, la personnification de son établissement. Toute contestation qui s'élève sur ce genre de propriété est donc une contestation commerciale. Toute atteinte à l'achalandage, par l'usurpation d'enseigne, est à la fois, pour celui qui en souffre, une atteinte à son commerce, pour celui qui en profite, une spéculation dans l'intérêt de son négoce. Il ne s'agit plus conséquemment d'un quasi-délit se produisant à l'occasion d'un acte de commerce, mais d'un fait commercial par lui-même, de constatations nées entre négociants, à l'occasion de leur négoce, sur une propriété essentiellement commerciale et qui doivent être jugées d'après les usages du commerce » (2).

Cette argumentation très solide nous semble justifier suffisamment le système de la compétence commerciale. La jurisprudence paraît s'être définitivement attachée aujourd'hui à ce système.

Ce sont les arrêts et jugements les plus anciens qui se prononcent dans le sens de la compétence civile : Paris, 21 juillet 1841, *Gaz. Trib.*, 23 juillet ; Trib. civ. Alger, 31 mai 1843, *J. Pal.*, 1853, 1, 39 ; Paris, 10 février 1845, *J. Pal.*, 1845, 1, 575.

Il semble qu'après cette époque, il se soit produit un revirement dans la jurisprudence. Nous ne trouvons plus que des décisions adoptant la compétence commerciale : Bordeaux, 23 août 1851, *J. Pal.*, 1853, 6, 40 ; Caen, 15 mars 1854, Le Hir, 1855, 2, 356 ; Paris, 24 janvier 1866, Pat., 1866, 434 ; Paris, 28 avril 1866, Pat., 1866, 193 ; Seine, 5 décembre 1877, *le Droit*, 23 décembre.

(1) Blanc, p. 233 ; Pouillet, n° 737.

(2) Goujet et Merger, et Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v° *Enseigne*, n° 88.

Nous ne faisons donc aucune différence pour la compétence entre le cas où la concurrence est déloyale relativement à l'enseigne et celui où elle est déloyale d'une autre manière.

Quant à la désignation du tribunal de commerce compétent, pour connaître d'une action en concurrence déloyale, on suit les règles ordinaires de procédure.

Nous avons dit qu'il importait de ne pas confondre l'action en concurrence déloyale avec les poursuites en contrefaçon. Dans le cas de contrefaçon, il y a lieu à deux actions : une action publique et une action privée. L'action privée, si elle n'est pas portée devant les tribunaux de répression incidemment à l'action publique, est portée en général devant les tribunaux civils. C'est une différence avec l'action en concurrence déloyale qui, dans l'opinion la plus généralement admise, doit être portée, ainsi que nous l'avons démontré, devant les tribunaux de commerce.

En matière de brevets d'invention, les tribunaux civils sont seuls compétents : la controverse soulevée sur ce point n'est plus aujourd'hui soutenue par personne.

Quant aux dessins et modèles de fabrique, c'est aux tribunaux de commerce qu'il appartient d'en connaître, d'après la loi du 18 mars 1806.

La jurisprudence admet aussi que les tribunaux de commerce sont compétents, aux termes de la loi du 28 juillet 1824, pour statuer sur les usurpations de noms. Sur ce point la doctrine est divisée. M. Rendu dit en faveur de la compétence commerciale : « Il a fallu une disposition spéciale de la loi du 23 juin 1857 pour dessaisir les tribunaux consulaires, et nous ne saurions croire que cette disposition puisse modifier, relativement aux noms, étrangers à la loi de 1857, une compétence admise par la doctrine comme par une jurisprudence journellement appliquée »(1). L'opinion contraire est soutenue par M. Pouillet dans ces termes : « Il est vrai qu'avant la loi de 1857 la compétence des tribunaux de commerce était admise ; mais la loi de 1857 n'a-t-elle pas eu pour effet de changer tout cela ? Sans doute, elle ne s'applique qu'aux marques ; mais, d'une part, le nom appliqué aux produits fabriqués, est une marque véritable, et, d'autre part, la jurisprudence admet avec la doctrine, que, sur certains points, la loi de 1857, bien qu'elle ne se soit pas expressément expliquée, m-plète la loi de 1824. Ne serait-il pas choquant que les affaires relatives aux simples marques fussent déférées aux tribunaux

(1) Rendu, nº 460.

civils, tandis que celles relatives aux noms, c'est-à-dire à la plus précieuse des marques, seraient attribuées aux tribunaux consulaires ? » (1)

Il nous semble qu'en l'absence d'un texte spécial portant dérogation aux règles du droit commun, comme cela a lieu pour les brevets et les marques, c'est devant les tribunaux de commerce que doivent être portées les actions relatives à l'usurpation des noms.

Pour les marques de fabrique, aucun doute n'est possible. Le projet du gouvernement déférait les actions qui y sont relatives aux tribunaux de commerce. Au cours de la discussion ce système fut changé, et l'article 16 de la la loi du 23 juin 1857 porte : « Les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux civils et jugées comme matière sommaire. »

Mais il importe de remarquer que la juridiction civile n'est compétente pour statuer sur les questions relatives aux marques de fabrique, qu'autant qu'elles sont *déposées*. Lorsque la marque n'est pas déposée, elle ne constitue qu'une étiquette, et la loi de 1857 ne s'en occupe pas. C'est ce que déclare le rapport sur cette loi : « Au propriétaire de la marque déposée, le bénéfice de la loi actuelle, des garanties spéciales qu'elle institue et des actions qu'elle organise ; à celui qui n'effectue pas le dépôt, le droit commum. » M. Pouillet montre très bien quel est alors le caractère de la marque : « La marque, lorsqu'elle n'est pas déposée, n'en constitue pas moins une propriété que chacun doit respecter, mais c'est alors une propriété du même genre que l'enseigne et dont l'usurpation n'est plus qu'un simple fait de concurrence déloyale, régi par le droit commun (2). »

Supposons qu'une marque a été régulièrement déposée; elle est imitée, c'est une contrefaçon dont les tribunaux civils auront à connaître. Mais est-ce à dire que, toutes les fois qu'une action aura trait directement ou indirectement à l'imitation d'une marque, elle devra être portée et ne pourra l'être que devant le tribunal civil, à l'exclusion du tribunal de commerce ? Il faut répondre que non. Si l'imitation de la marque n'était que l'un des éléments d'une concurrence déloyale, le tribunal de commerce serait, croyons-nous, compétent, car il aurait à apprécier alors, non pas la question de marque prise isolément, mais la concur-

(1) Pouillet, nº 442, p. 429.
(2) Pouillet, nº 241. Voir aussi : Mayer, nºs 70 et 73.

rence déloyale dans son ensemble et avec tous les éléments qui la constituent (1).

La jurisprudence est fixée en ce sens : Paris, 19 février 1859, Le Hir, 1865, 276 ; Paris, 8 février 1861, Teulet, 10, 317 ; Orléans, 20 janvier 1864, Dall., 1864, 5, 303 ; Paris, 5 janvier 1865, Pat., 1865, 109, Trib. comm. Seine, 22 mars 1865, Le Hir, 1865, 2, 290 ; Bordeaux, 5 décembre 1865, Le Hir, 1866, 2, 206.

SECTION II.

Procédure.

100 L'action en concurrence déloyale n'est assujettie à aucune forme particulière de procédure ; c'est une action de droit commun pour laquelle on suit les règles ordinaires du Code de procédure (Lyon, 15 janvier 1851, Dall., 1854, 2, 137).

Celui qui se plaint d'une concurrence déloyale doit la prouver. Comment pourra-t-il le faire ?

Il faut que la preuve soit suffisamment concluante. Il a été décidé avec raison qu'une articulation de faits de concurrence déloyale n'est pas admissible, quand elle se borne à viser des agissements qui, tout en ayant pour but de détourner la clientèle, ne sont pas définis ni particularisés par leur date, ni par des circonstances de fait permettant de les contredire et d'organiser la preuve contraire (Toulouse, 27 août 1883, Pat., 1884, 221).

Le meilleur moyen pour établir la preuve, c'est de produire les objets mêmes qui servent à réaliser la confusion, c'est-à-dire les produits ou les prospectus, circulaires ou factures du concurrent déloyal. On pourra aussi recourir à un procès-verbal de constat.

Mais on ne peut, comme en matière de contrefaçon, pour se procurer des preuves procéder par voie de perquisition et de saisie sur les marchandises de son adversaire, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil. Cette procédure ne peut être étendue à la concurrence déloyale (Nancy, 7 juillet 1855, *J. Pal.*, 1856, 2, 196).

(1) Pouillet, n° 671.

SECTION III.

Jugement.

101. D'une façon générale, le jugement doit réparer le préjudice causé. Les juges, en ayant apprécié l'étendue, prononceront des dommages-intérêts. Cette somme allouée au demandeur sera la réparation du dommage passé.

Le tribunal pourrait-il en outre fixer à l'avance des dommages-intérêts pour les faits à venir, c'est-à-dire faire défense de renouveler un acte de concurrence déloyale, à peine de paiement d'une somme déterminée pour chaque fait nouveau et sans qu'il soit besoin d'un nouveau jugement ?

Il a été jugé, et cette doctrine a été acceptée par certains auteurs (1), que les tribunaux pouvaient statuer pour l'avenir, cette condamnation pour l'avenir n'étant que la sanction de la défense contenue dans le jugement ; cette disposition du jugement ne rentre, dit-on, aucunement dans les dispositions générales et réglementaires interdites aux juges par l'article 5 du Code civil (Paris, 26 mai 1852, Teulet, 1, 242 ; Cass., 6 juin 1859, Pat., 1859, 214 ; Rej., 5 juillet 1865, Teulet, 13, 497 ; Trib. comm. Seine, 1er mars 1867, Pat., 1867, 383).

Tel n'est pas notre sentiment. Le seul droit que nous pouvons reconnaître aux tribunaux c'est, dans une certaine mesure, de déterminer les dommages-intérêts qui seront dus par chaque jour de retard dans l'exécution d'un jugement, car ils peuvent apprécier l'étendue du préjudice que causera la continuation d'un fait dommageable dont ils ordonnent la cessation. Mais on ne peut admettre que ce droit aille jusqu'à fixer d'avance une sorte de clause pénale pour chaque contravention (2).

M. Mayer en montre fort bien la raison : « Pour l'avenir, le tribunal ne prononcera légalement que par voie d'injonction, sans pouvoir ajouter une contrainte ; la justice a bien le pouvoir d'ordonner, de prescrire tous changements de noms indûment portés, toute addition de mentions destinées à éviter la confusion, d'interdire tous actes illicites, mais elle excéderait son droit si elle statuait sur des faits futurs, sur une action qui n'est pas née,

(1) Goujet et Merger, et Ruben de Couder, V. *Concurrence déloyale*, n° 147.
(2) Pataille, 1867, 383, note. Dans le même sens : Pouillet, n° 680.

qui ne lui est pas soumise et dont elle ne peut être saisie d'avance (1). »

La jurisprudence s'est d'ailleurs souvent prononcée en ce sens : Paris, 4 décembre 1841, Dall. 1842, 2, 61 ; Aix, 25 février 1847, Dall. 1847, 2, 85 ; Paris, 14 janvier 1862, Pat., 1862, 203 ; Paris, 2 juillet 1874, Pat., 1874, 307.

Mais supposons qu'un jugement ait dit expressément que les dommages-intérêts étaient prononcés, en réparation du préjudice passé et à venir. Quel sera l'effet de ce jugement ? On a prétendu que l'individu condamné pourrait désormais, le préjudice à venir ayant été dès à présent évalué et réparé, continuer sa concurrence déloyale, en payant le montant intégral des dommages-intérêts auxquels il a été condamné.

Les tribunaux ont jugé que cette prétention n'était pas justifiable : l'individu condamné à des dommages-intérêts pour faits de concurrence déloyale ne peut puiser dans le fait que le jugement aurait accordé des dommages-intérêts pour le préjudice passé et à venir, le droit de continuer la concurrence déloyale (Paris, 12 août 1857, Teulet, 6, 220).

Outre les dommages-intérêts, le jugement peut aussi contenir certaines autres mesures nécessaires pour réparer le préjudice causé et pour prévenir la continuation des faits de concurrence déloyale.

Les tribunaux peuvent notamment ordonner l'affichage et l'insertion dans les journaux du jugement de condamnation en vertu de l'article 1036 du Code de procédure civile qui est ainsi conçu : « Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affichage de leurs jugements. » On peut même faire observer qu'en raison de la nature de la concurrence déloyale, la publicité est le mode de réparation le plus efficace du dommage causé par ces actes. C'est ce qui explique les décisions suivantes : Seine, 1er juillet 1859, *J. trib. comm.*, t. IX, 5 ; Trib. civ. Marseille, 20 mars 1863, *le Droit comm.*, 1863, 674.

Pour empêcher que la concurrence déloyale ne se continue ou ne se renouvelle, les tribunaux pourront user d'un moyen très efficace, c'est la confiscation des produits eux-mêmes ou des étiquettes ou prospectus qui font l'objet du litige (Paris, 2 mars

(1) Mayer, nº 39.

1854, Le Hir, 1854, 2, 585). La confiscation est considérée dans ce cas comme une réparation du préjudice causé.

Nous avons vu déjà que le tribunaux pouvaient aussi imposer à un industriel un changement relativement à un nom, à une dénomination, à une enseigne, par exemple ordonner l'adjonction des prénoms, l'addition de la date de la création de l'établissement, etc. Nous avons dit, qu'à notre avis, le pouvoir des tribunaux ne pouvait aller jusqu'à interdire à un individu l'usage de son propre nom.

L'action en concurrence déloyale peut être dirigée à la fois contre plusieurs personnes ; il peut y avoir un auteur principal et à côté de lui des complices, comme cela a lieu dans les poursuites criminelles. Pour qu'il y ait complicité, il faut que les agissements reprochés aient été commis en connaissance de cause. Dans ce cas, les tribunaux prononcent une condamnation solidaire contre l'auteur principal et son complice, et celui-ci ne peut exercer aucun recours en garantie contre le premier à raison des actes auxquels ils ont ensemble coopéré (Trib. comm. Seine, 13 août 1857, Pat., 1857, 383 ; Paris, 1er juin 1859, *J. trib. comm.*, t VIII, 443 ; Trib. comm. Seine, 19 juillet 1876, Pat., 1876, 353 ; Trib. comm. Nantes, 13 mars 1880, *Jurispr. comm. Nantes*, 1880, 1, 293) (1).

En particulier, les tribunaux condamneront celui qui a servi de prête-nom pour réaliser une concurrence déloyale (Paris, 19 février 1859, Pat., 1859, 125 ; Paris, 7 juillet 1866, Teulet, XVI, 253). Ils condamneront l'imprimeur qui a sciemment imprimé des étiquettes destinées à une concurrence déloyale, solidairement avec l'auteur de cette concurrence (Paris, 25 janvier 1866, Teulet, XV, 508). De même, le rédacteur d'un journal industriel a été condamné comme complice pour avoir inséré un article, rédigé sur les renseignements d'un fabricant, qui dénigre les produits d'un concurrent de celui-ci (Trib. comm. Seine, 18 avril 1859, Pat., 1859, 252).

Mais on ne rend pas responsable de la concurrence déloyale le détaillant qui vend les produits d'un fabricant coupable de concurrence déloyale, s'il est établi qu'il n'a pas eu connaissance des agissements commis par ce fabricant (Lyon, 15 janvier 1851, Dall., 1854, 2, 137 ; Paris, 17 novembre 1865, Pat., 1866, 268).

Les jugements rendus en matière de concurrence déloyale produisent les mêmes effets que tous autres jugements relative-

(1) Pouillet, n° 689.
Voir aussi : Paris, 17 novembre 1885, Pat., 1886, 36.

ment à la chose jugée. Rappelons quelles conditions sont nécessaires pour qu'il y ait autorité de la chose jugée, en donnant le texte de l'article 1351 : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité. » Donc, pour qu'on puisse opposer à une demande l'autorité de la chose jugée, il faut qu'il y ait entre cette demande et celle sur laquelle il a été déjà statué, identité d'objet, identité de cause, identité de personnes.

1° Il faut qu'il y ait identité d'objet, c'est-à-dire que le but juridique qu'on se propose d'obtenir par le nouveau jugement soit le même que celui obtenu déjà par le premier. En conséquence la chose jugée à l'occasion des faits de concurrence déloyale déterminés ne peut être opposée à l'occasion de faits nouveaux et différents (Paris, 7 août 1861, *Monit. Trib.*, 1861, 698) (1).

Par application de la même règle, il a été jugé que, lorsqu'il a été fait défense au propriétaire d'un établissement, tel qu'un hôtel meublé, de faire entrer dans sa dénomination une certaine désignation, une seconde décision a pu, sans violer l'autorité de la chose jugée, décider, par interprétation de la première, que les propriétaires de l'hôtel supprimeront cette désignation, non seulement sur leurs enseignes, factures et prospectus, mais encore sur les objets mobiliers servant à l'usage intérieur, tels que le linge et l'argenterie (Cass., 22 décembre 1863, Pat., 1864, 107).

2° Il faut qu'il y ait identité de cause. Lorsqu'il n'y a pas identité de cause, l'autorité de la chose jugée ne s'oppose pas à ce qu'une nouvelle action soit intentée. Ainsi, quand il a été statué sur une action en concurrence déloyale, le jugement qui a été rendu ne peut nullement être invoqué pour arrêter une poursuite en contrefaçon de marque, par exemple (2).

3° Il faut qu'il y ait identité de personnes. D'où les décisions suivantes : les jugements et arrêts obtenus contre un négociant ne peuvent être opposés à une société en nom collectif formée postérieurement par ce négociant, et sans fraude (Trib. comm. Seine, 16 novembre 1844, *Gaz. Trib.*, 21 novembre). Pour la même raison, la chose jugée avec le prédécesseur d'un négociant sur une question de concurrence déloyale, n'est pas opposable à

(1) Dans le même sens : Paris, 25 janvier 1875, Pat.,1875, 237.

(2) Voir aussi : Bordeaux, 17 juillet 1876, Cass., 27 mars 1877, Pat., 1877, 95).

ce négociant, qui a le droit de discuter les mêmes questions à raison des faits qui lui sont personnels (Paris, 21 avril 1874, *le Droit*, n° 104).

L'appel est soumis aux règles et aux conditions ordinaires.

Il faut noter que, si les manœuvres signalées comme déloyales par les premiers juges étaient continuées pendant l'instance d'appel, il y aurait lieu, pour la Cour, d'augmenter les dommages-intérêts accordés par les premiers juges et même d'en allouer de nouveaux (Paris, 25 août 1857, Teulet, VI, 237 ; Paris, 24 décembre 1866, Teulet, XVI, 62 ; Paris, 30 septembre 1868, Teulet, XVIII, 59).

La Cour est compétente pour tout ce qui touche l'exécution des arrêts qu'elle a rendus. Ainsi elle peut interpréter un arrêt précédent en déterminant dans quelle mesure s'appliqueront ses prescriptions relativement aux faits de concurrence déloyale dont elle a connu (Cass., 22 décembre 1863, Teulet, XIII, 347). Mais il n'y a pas lieu à interprétation d'arrêt et la justice doit être saisie d'une instance nouvelle si l'arrêt a été exécuté et s'il s'agit de faits nouveaux (Paris, 22 janvier 1858, Pat., 1860, 88).

Lorsqu'un premier arrêt a ordonné que dans un délai déterminé, un commerçant serait tenu de supprimer ou d'ajouter certaines qualifications ou indications quelconques, la Cour reste aussi compétente pour connaître de l'inexécution de son arrêt et prononcer des dommages-intérêts. (Paris, 31 décembre 1861 et 3 mai 1862, Pat., 1862, 204).

Quant à un recours en cassation, on ne voit pas bien dans quelle hypothèse il serait possible. La question de savoir si la concurrence a été ou non déloyale est en effet une simple question de fait dont l'examen échappe au contrôle de la Cour de cassation (Cass. 18 novembre 1862, Pat., 1863, 90 ; Cass., 2 décembre 1885, Pat., 1886, 274).

Il a été jugé aussi que l'industriel condamné à faire certaines modifications dans ses étiquettes et prospectus ne saurait se faire un moyen de cassation de ce que les mesures ordonnées n'auraient pas été nommément spécifiées dans les conclusions du demandeur, tendant d'une manière générale à faire cesser la concurrence déloyale par telles modifications qu'il plairait aux juges d'ordonner. Il ne saurait y avoir, dans une telle décision, un excès de pouvoir par jugement *ultra petita*, ni violation de l'article 61 du Code de procédure civile exigeant que l'objet de la demande soit désigné dans l'assignation (Cass., 27 mars 1877, Pat., 1877, 92).

CHAPITRE VI.

Des droits des étrangers.

102. Nous n'avons envisagé jusqu'ici que le cas où la concurrence est déloyale dans les rapports entre commerçants et industriels français. Il peut se faire qu'un étranger ait à se plaindre en France d'un acte de concurrence déloyale.

L'étranger peut-il demander en France réparation du préjudice qui lui a été causé par un fait de concurrence déloyale ? A-t-il en France l'action en concurrence déloyale ? Il y a controverse sur cette question.

La solution idéale consisterait dans l'existence sur ce point d'une législation internationale qui permettrait de mettre sur le pied d'égalité étrangers et nationaux. Il y a un mouvement d'opinions favorable à cette unification, mais elle est loin d'être réalisée ; si elle l'est jamais, on devra reconnaître l'influence qu'auront exercée dans ce sens le Congrès international de la propriété industrielle tenu à Paris, au Trocadéro, pendant l'Exposition de 1878, et l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle.

Des lois spéciales indiquent quelle protection est accordée en France aux étrangers pour certains droits industriels.

Ainsi, en ce qui concerne les brevets d'invention, l'étranger a, à cet égard, les mêmes droits que les français ; la loi n'exige aucune condition de réciprocité et n'établit aucune distinction entre l'étranger qui réside hors de France et celui qui réside en France ou qui y possède un établissement industriel. L'exercice de l'industrie, disait le rapporteur du projet de loi à la Chambre des députés, n'appartient-il pas essentiellement au droit des gens. La France s'est montrée toujours hospitalière et généreuse envers les autres nations ; il était digne d'elle de donner l'exemple du respect pour le droit des inventeurs, sans distinction de nationnalité et d'élever la garantie pour les œuvres du génie industriel à la hauteur d'un principe de droit public international (1).

(1) Rapport de PhilippeDupi n, 5 juillet 1843.

L'étranger, qui veut obtenir un brevet d'invention en France, a seulement à remplir les formalités qui sont imposées aux nationaux ; aucune obligation ne lui incombe en sa qualité d'étranger.

Relativement aux marques de fabrique, il ressort de la combinaison de la loi du 23 juin 1857 et de celle du 26 novembre 1873 que la protection des marques de fabrique est assurée sur le territoire français :

1° A l'étranger ayant un établissement industriel ou commercial en France (loi de 1857, art. 5) ;

2° A l'étranger, appartenant à un pays où le Français est investi de droits égaux par les traités diplomatiques, alors même qu'il n'a pas d'établissement industriel en France (loi de 1857, art. 6 ; loi de 1873, art. 9) ;

3° Enfin, à l'étranger qui n'a pas d'établissement industriel ou commercial en France, lorsque sa loi nationale reconnait au Français le droit à l'usage exclusif de ses marques de fabrique et de commerce sur le territoire qu'elle régit (loi de 1873, art. 9).

S'il s'agit de dessins et modèles de fabrique, la loi du 26 novembre 1873 que nous venons de citer, commune aux marques de fabrique, au nom commercial et aux dessins et modèles de fabrique, applique les lois en vigueur au profit des étrangers si, dans leur pays, la législation ou les traités internationaux assurent aux Français les mêmes garanties ; mais pour les dessins et modèles de fabrique, la même protection n'est pas accordée à l'étranger, par le seul fait qu'il a en France un établissement industriel et commercial (1).

On voit par là qu'il y a des hypothèses où les étrangers ne se trouvent pas protégés en France par les lois relatives à certains droits industriels. Ainsi, s'agit-il de marques de fabrique, un étranger ne bénéficie pas des avantages que donnent aux Français les lois spéciales sur les marques, s'il n'a pas été autorisé à établir son domicile en France, s'il ne peut invoquer la réciprocité législative ou diplomatique, et s'il n'a pas d'établissement en France. Dans ces situations, si la marque de l'étranger est contrefaite, demeurera-t-il néanmoins sans protection? Toute poursuite

(1) Il faut faire observer qu'une proposition de loi de M. Bozérian, sur les dessins et modèles de fabrique, telle qu'elle est sortie du Sénat et des premières délibérations de la Chambre des députés, contient un article ainsi conçu :

« Les étrangers qui possèdent en France un établissement de commerce ou d'industrie, ou qui sont attachés à ces établissements, jouiront de la présente loi, en remplissant les formalités qu'elle prescrit » (art. 19).

correctionnelle sera assurément impossible ; mais l'étranger ne pourra-t-il pas au moins demander des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice que lui cause l'usurpation ? S'il s'agissait d'un Français, il en aurait le droit. Faut-il dire que l'étranger lui aussi aura droit à l'application de l'article 1382 ? Nous allons y répondre tout à l'heure.

La même question se pose aussi lorsque, indépendamment de toute usurpation, soit du nom, soit de la marque, soit d'un dessin ou modèle de fabrique, c'est-à-dire en dehors des faits prévus par les lois spéciales, un préjudice a été causé à un étranger par un concurrent. Nous avons vu sous quelles formes variées peut se présenter la concurrence déloyale, soit qu'elle aboutisse à la confusion des produits de deux industriels, soit qu'elle ait pour résultat de faire confondre leurs établissements. Le Français, contre lequel un de ces actes a été dirigé et qui en éprouve un préjudice, peut se prévaloir de l'article 1382 pour demander des dommages-intérêts ? En est-il de même de l'étranger ?

La solution de cette question ne dépend pas de l'interprétation donnée à l'article 15 du Code civil, objet de tant de controverses, qui doit être considéré comme étranger à la matière

A notre avis, l'étranger pourra dans tous les cas se prévaloir de l'article 1382 ; il y a là un principe général qui a sa source dans le droit des gens et, pour justifier de son étendue, il n'y a pas besoin d'invoquer aucun autre texte.

En effet l'étranger, victime de violences commises sur sa personne par un Français, a sans aucun doute le droit de poursuivre celui-ci devant nos tribunaux civils ou répressifs et d'obtenir la réparation pécuniaire à laquelle il a droit. Il peut également se plaindre d'une attaque dirigée contre ses biens, d'une atteinte à son droit de propriété. Il paraît difficile d'admettre que le même recours devant nos tribunaux n'appartienne pas à l'étranger qui a souffert d'un fait dommageable pour son commerce ou son industrie. Nous avons vu précédemment qu'entre commerçants, l'action en concurrence déloyale était de la compétence des tribunaux de commerce. Or, en matière commerciale, les étrangers peuvent actionner les Français devant les tribunaux de France, en suivant les règles ordinaires de la compétence ; et ici l'étranger demandeur contre un Français est même dispensé de fournir la caution *judicatum solvi* qui pèse sur lui en matière civile Du moment que l'étranger a le droit incontestable d'exercer contre

un Français, devant les tribunaux de notre pays, toutes les actions dérivant des contrats commerciaux, pourquoi lui refuser l'exercice de l'action tendant à la répression d'un délit commercial; ce serait mettre un obstacle à l'exercice, par un étranger en France, du droit de faire le commerce qui appartient au droit des gens.

Qu'il faille des conditions spéciales pour qu'un étranger puisse invoquer et faire respecter un droit à un nom ou à une marque, cela se comprend et s'explique par cette considération que la législation qui les régit a été particulièrement édictée dans l'intérêt des Français, et qu'à raison même des formalités qu'elle prescrit et qui ne sauraient être accomplies qu'en France, elle peut avec quelque raison être considérée comme rentrant dans les droits civils dont la jouissance est réservée aux Français ou aux étrangers remplissant certaines conditions.

Mais, quand il s'agit d'une simple demande en dommages-intérêts, intentée en dehors de toute prétention à un nom ou à une marque, on ne comprendrait plus qu'elle pût être repoussée pour ce motif que le demandeur est un étranger; car, aucun principe ne peut légitimer la faute ou l'imprudence commise à l'égard d'un étranger. Dès qu'il y a délit, soit civil, soit commercial, il y a un fait qui occasionne un préjudice ; il y a lieu à réparation.

Enfin, l'on sait qu'en vertu de l'article 3 du Code civil, les lois de police et de sûreté obligent tous les ceux qui habitent le territoire, et par conséquent qu'elles protègent aussi bien les étrangers que les nationaux. On ne peut nier que le principe sur lequel repose l'action en concurrence déloyale ne se rattache à cette catégorie de dispositions. C'est assurer le bon ordre que de veiller à ce que la bonne foi, la confiance et la sécurité règnent dans les relations commerciales. Il est donc rationnel d'assimiler les étrangers aux nationaux au point de vue de l'application de l'article 1382.

La solution que nous venons d'indiquer est adoptée par la majorité des auteurs.

« Par cela même que l'art. 1382 du Code civil, disent MM. Lyon-Caen et Renault, peut être invoqué par les étrangers comme par les Français même sans condition de réciprocité, les étrangers peuvent agir devant nos tribunaux à raison de faits de concurrence déloyale dont ils ont été victimes. Mais l'esprit des lois spéciales commande de ne pas admettre l'action en dommages-

intérêts pour concurrence déloyale au profit d'étrangers qui, ayant été victimes d'une usurpation de leur nom ou de leur marque, ne réunissent pas les conditions voulues pour agir en vertu des lois du 28 juillet 1824, du 23 juin 1857 et du 26 novembre 1873 » (1).

« La concurrence déloyale, d'après M. Pataille, est un délit purement commercial qui, par cela même qu'il s'est accompli en France, donne ouverture à une action devant les tribunaux français (2).

Suivant M. Bozérian, le droit pour l'étranger de faire le commerce en France n'est pas un droit civil ; en s'y livrant, il accomplit un acte autorisé par le droit des gens. Il peut donc invoquer à son secours l'aide de la loi française, toutes les fois qu'il ne rencontre pas un obstacle exceptionnel, qui arrête ou paralyse l'exercice de son action (3).

Cependant quelques auteurs, et notamment M. Huard, soutiennent l'opinion contraire (4) :

« Que deviendraient, dit M. Huard, le système de réciprocité, les espérances de traités internationaux fondées sur lui par ses partisans, si, par un biais ingénieux, on arrive à protéger l'étranger qui n'offre pas au Français la même protection ? D'ailleurs, la jurisprudence s'était prononcée en sens contraire avant la loi de 1859 (V. Cass. 12 avril 1854, S. 1855, 1, 827).

« Si le législateur de 1857 avait entendu modifier cette jurisprudence, il est très probable qu'il l'eût exprimé formellement (5). »

Cette objection n'est pas décisive et nous ne saurions mieux faire que de reproduire la réfutation qu'en fait M. Renault :

« Il y a une grande différence entre l'application de la loi de 1857 et l'application de l'art. 1382 du Code civil, et on ne peut pas dire que l'étranger sera dans la même situation suivant qu'il

(1) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, II, n° 3343.

Dans le même sens : Lyon-Caen dans Sirey, 1874, 2, 28 ; Rendu, *Marques de fabrique*, n° 21 ; Weiss, *Droit international privé*, p. 393 n. 2 ; p. 398 n. 3 ; p. 402, n. 3.

(2) Pataille, 1857, p. 362.

(3) Sirey, 1880, 2, 113.

(4) Dans ce sens : Ruben de Conder, Dict., v° conc. del, n° 171.

Pouillet, n° 694, ne s'exprime pas en termes formels, mais paraît incliner vers la même opinion.

(5) *Propriété industrielle*, n° 146.

indique l'une ou l'autre disposition. La protection est autrement énergique quand on peut faire impliquer une peine sévère aux contrevenants, procéder par voie de saisie, etc., ou quand on ne peut que demander des dommages-intérêts. Ce qui prouve que la protection de l'art. 1382 du Code civil est insuffisante, c'est que les nationaux ne s'en sont pas contentés et ont demandé une loi établissant des peines et une procédure spéciale.

« On peut donc sans inconséquence, permettre d'invoquer l'art. 1382 du code civil à ceux qui ne peuvent invoquer la loi de 1857. Pourquoi les étrangers, en pareil cas, ne seraient-ils pas assimilés à des français qui n'auraient pas rempli les formalités de la loi de 1857, qui ne pourraient dès lors se prévaloir des dispositions de celle-ci, mais seraient toujours recevables à se plaindre d'un fait de concurrence déloyale ? » (1)

Sur cette question, la jurisprudence est incertaine. Un arrêt de la Cour de Paris du 5 juin 1867 (Pat , 1867, 298) refuse à l'étranger l'exercice de l'action uniquement basée sur l'article 1382 du Code civil, que lui accorde un jugement du tribunal civil de la Seine du 8 mai 1878 (2).

(1) Sirey, 1880, 2, 113.
(2) *J. Pal.* 1880, 1, 458.

TABLE

DROIT ROMAIN

Introduction 1

PREMIÈRE PARTIE

Nature et effets du *concubinatus*. 6

CHAPITRE PREMIER

Nature du *concubinatus* 6
§ 1. Origine. 7
§ 2. Nature.. 10
§ 3. Formation, conditions d'existence et dissolution. 28

CHAPITRE DEUXIÈME

Effets du *concubinatus* entre les concubins. 34

DEUXIÈME PARTIE

Condition des enfants naturels nés *ex concubinatu* 39

CHAPITRE PREMIER

Condition des enfants nés *ex concubinatu* au point de vue du droit privé 41
§ 1. Dénomination des enfants nés *ex concubinatus*. 41
§ 2. Situation des enfants nés *ex concubinatu* vis-à-vis de leur père 47
§ 3. Situation des enfants nés *ex concubinatu* vis-à-vis de leur mère 69

CHAPITRE DEUXIÈME

Condition des enfants nés *ex concubinatu* au point de vue du droit public. 75

CHAPITRE TROISIÈME

De la légitimation 78

DROIT FRANÇAIS

Pages.

INTRODUCTION 1

CHAPITRE I. — Théorie de la concurrence déloyale 9

CHAPITRE II. — Concurrence déloyale résultant de la confusion qu'on a cherché à établir entre les établissements ou les produits 26

Section I. — Confusion amenée au moyen de noms de personnes 26

§ I. — Identité ou analogie entre le nom d'un commerçant et celui d'un concurrent 30

§ II. — Adjonction du nom d'un associé 37

§ III. — Adjonction du nom de la femme 41

§ IV. — Cession du nom 43

Section II. — Pseudonymes 45

Section III. — Noms de localités 46

Section IV. — Dénominations de produits 52

Section V. — Enseigne 57

Section VI. — Dénominations d'établissements autres qu'une enseigne. 69

Section VII. — Titres d'ouvrages 72

Section VIII. — Imitation des dispositions extérieures du magasin ... 78

Section IX. — Forme et dispositions du produit 79

Section X. — Forme et dispositions des accessoires qui accompagnent le produit 80

Section XI. — Modes de publicité 82

Section XII. — Allégations verbales entraînant confusion entre deux établissements 83

CHAPITRE III. — Concurrence déloyale consistant dans des faits répréhensibles, mais n'entraînant pas de confusion 84

Section I. — Dénigrement des concurrents et dépréciation de leurs produits 84

Section II. — Vente au rabais 91

Section III. — Détournement d'ouvriers 93

Section IV. — Manœuvres déloyales de la part d'un ancien ouvrier ... 94

Section V. — Fausses qualités 9

Section VI. — Rappel des titres que l'on possède 101

CHAPITRE IV. — Concurrence déloyale consistant dans une faute contractuelle 106

Section I. — Cession d'un fonds de commerce 107

Section II. — Location d'un fonds de commerce 123

CHAPITRE V. — Exercice de l'action en concurrence déloyale 125

Section I. — Compétence 125

Section II. — Procédure 131

Section III. — Jugement 132

CHAPITRE VI. — Des droits des étrangers 137

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1° POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. Le *concubinatus* n'était autre chose qu'un concubinage, un simple fait naturel, en dehors des lois qui ne le reconnaissaient, ni ne le punissaient.

II. Aucune formalité, en règle générale, n'était observée ni exigée pour former un *concubinatus*.

III. A l'égard de leur père, les enfants naturels n'avaient aucun droit et ne différaient en rien des étrangers. Il en était du moins ainsi à l'époque du droit classique.

IV. La femme ayant des enfants naturels jouissait des mêmes avantages que la femme ayant des enfants légitimes, sous l'empire des lois caducaires.

2° POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

V. L'obligation du fidejusseur contractée, *in duriorem causam*, était nulle pour le tout.

VI. Le *fidejussor indemnitatis* ne pouvait être poursuivi avant la discussion du débiteur principal.

VII. Le mandataire ne pouvait pas contracter au nom du mandant.

VIII. Les actions *exercitoria* et *institoria* ont précédé les autres actions *adjectitiæ qualitatis*.

IX. Dans la vente pure et simple *res perit creditori* et non pas *res perit domino*.

X. Dans la vente, lorsque la condition résolutoire est accomplie, il n'y a de résolu, jusqu'à la fin de l'époque classique que le contrat ; les translations de propriété dont il a été la cause conservent leur force.

DROIT FRANÇAIS

1° POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

XI. Les tribunaux ne peuvent pas interdire à une personne de faire le commerce sous son nom.

XII. L'enseigne constitue au profit de l'industriel un droit *sui generis*; c'est un droit mobilier.

XIII. Les actions en concurrence déloyale sont de la compétence des tribunaux de commerce si le débat s'agite entre deux commerçants.

XIV. L'étranger, non autorisé à établir son domicile en France, peut se prévaloir de l'art. 1382, C. civ., même en l'absence de la réciprocité diplomatique.

2° POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

DROIT CIVIL

XV. La date d'un billet souscrit par le mari, sous le régime de la communauté, est réputée certaine à l'égard de sa femme ou des héritiers de celle-ci ; la femme ou ses héritiers ne peuvent, à cet égard, être considérés comme des tiers dans le sens de l'art. 1328. C. civ.

XVI. La constitution de dot étant un contrat à titre onéreux, même dans les rapports du bénéficiaire et du disposant, la disposition par contrat de mariage faite par les père et mère du mari en faveur de la femme de celui-ci, ne peut être annulée sur la demande des créanciers du disposant, si l'intention frauduleuse (*consilium fraudis*) n'est pas démontrée à la charge de la femme bénéficiaire.

XVII. En cas d'accident, la responsabilité du patron envers ses ouvriers découle du contrat de louage

XVIII. Bien que l'article 1784, relatif au transport des marchandises, ne vise pas le transport des personnes, le voiturier doit, en cas de dommage, indemniser la personne lésée à moins qu'il ne prouve le cas fortuit ou la force majeure.

XIX. L'action en garantie contre l'architecte ou l'entrepreneur, à raison de vices de construction, se prescrit comme la responsabilité elle-même, par le laps de dix ans à compter de la réception des travaux (art. 1792 et 2270).

DROIT COMMERCIAL

XX. Malgré les termes un peu étroits du code de commerce, il faut admettre que la justice peut toujours autoriser la femme à faire le commerce.

XXI. L'indication de la valeur fournie sur une lettre de change est une mention gênante et sans utilité.

XXII. Le porteur d'une lettre de change est propriétaire de la provision.

ECONOMIE POLITIQUE

XXIII. La réglementation par la loi du taux de l'intérêt de l'argent est contraire aux lois de l'économie politique.

DROIT INDUSTRIEL

XXIV. L'article 29 de la loi du 5 juillet 1844 n'a pas pour effet de solidariser d'une façon absolue le sort du brevet français à celui du brevet étranger; elle ne fait que limiter sa durée normale.

XXV. L'article 19 de la loi du 23 juin 1857 est applicable même dans le cas où les produits étrangers, portant l'indication d'un lieu de fabrication française, ont été exécutés sur les ordres d'un industriel français.

DROIT INTERNATIONAL

XXVI. Les étrangers non autorisés à établir leur domicile en France, jouissent de tous les droits, excepté de ceux qui leur sont refusés par une disposition spéciale.

XXVII. D'après la Convention internationale pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, les étrangers appartenant à l'un des États de l'union, jouissent en France des mêmes droits que les nationaux en ce qui concerne la propriété industrielle; par suite c'est le § 3 et non le § 4 de l'art. 47 de la loi du 5 juillet 1844, qui doit leur être appliqué.

XXVIII. Cette convention a aussi pour effet de dispenser l'étranger de fournir la caution *judicatum solvi* lorsqu'il veut intenter une action contre un Français.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu par le président de la Thèse,
CH. LYON-CAEN.

VU :
et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Laval. — Imp. et Stér, E. JAMIN, rue de la Paix 41.